

## **Økonomiske hindringer for retten til "Access to Court" etter EMK art. 6.**

En redegjørelse for økonomiske hindringer for retten til "Access to Court" etter EMK art. 6, og en vurdering av om merverdiavgiftsreformen, forbudet mot resultatavhengige salæravtaler og fri rettshjelpsloven respekterer og sikrer retten til "Access to Court" i gjeldssaker.

Kandidatnr: 476

Veileder: Jon T. Johnsen

Leveringsfrist: 22.12.2003

Til sammen 17 907 ord

15.03.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDENDE PRESENTASJON AV OPPGAVEN</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	PROBLEMET ØKONOMISKE HINDRINGER FOR "ACCESS TO COURT"	1
1.2	OPPGAVENS PROBLEMSTILLINGER	3
1.3	AVGRENSNINGER OG TERMINOLOGI	5
1.4	METODE	6
1.5	HENSYN	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTE TIL "ACCESS TO COURT"</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	STATENS SKJØNNMARGIN	10
2.2	KJERNEN AV RETTIGHETEN	11
2.3	LEGITIMITET	13
2.4	FORHOLDMESSIGHET	17
2.5	OPPSUMMERING	20
<b><u>3</u></b>	<b><u>NEGATIVT ANSVAR</u></b>	<b><u>21</u></b>
3.1	MERVERDIAVGIFT PÅ JURIDISKE TJENESTER – EN BEGRENSNING?	21
3.1.1	Økonomiens betydning som begrensning	22
3.1.1.1	Rettighetens ikrafttredelse	22
3.1.1.2	Årsaken til rettshjelpsbehovet	25
3.1.1.3	Delkonklusjon	26
3.1.2	Advokatsalærets betydning for merverdiavgiften	27
3.1.2.1	Advokatens prising av oppdraget	28
3.1.2.2	Merverdiavgiftens proporsjonalitet med advokatsalæret	31
3.1.2.3	Delkonklusjon	32
3.1.3	Merverdiavgiftens betydning som hindring	32
3.1.4	Konklusjon	32
3.2	MERVERDIAVGIFTEN OG FORHOLDET TIL EMK	33
3.2.1	Kjernen av rettigheten	33
3.2.2	Begrensningens legitimitet	36

3.2.3	Begrensningens forholdsmessighet	39
3.2.4	Konklusjon	40
3.3	FORBUDET MOT RESULTATAVHENGIGE SALÆRAVTALER	41
3.3.1	Avtalefriheten mellom klienten og advokaten	42
3.3.1.1	Ansvar for de etiske reglene	42
3.3.2	De etiske reglenes betydning som begrensning	43
3.3.3	Konklusjon	46
3.4	DE ETISKE REGLENE OG FORHOLDET TIL EMK	47
3.4.1	Kjernen	47
3.4.2	Legitimitet	48
3.4.2.1	Salærer inntil 25 % av sakens resultat	49
3.4.2.2	Salærer over 25 % av sakens resultat	50
3.4.2.3	Delkonklusjon	51
3.4.3	Forholdsmessighet	51
3.4.4	Konklusjon	53
<b><u>4</u></b>	<b><u>POSITIVT ANSVAR</u></b>	<b><u>54</u></b>
4.1	FORUTSETNING	55
4.2	PROSESSFINANSIERING ETTER EMK	55
4.2.1	Rettferdighetens interesse	57
4.2.2	Tilstrekkelige midler	60
4.2.3	Konklusjon	64
4.3	RETTSHJELPSORDNINGEN OG FORHOLDET TIL EMK	65
4.3.1	Fri sakførsel	66
4.3.1.1	Økonomiske vilkår	67
4.3.1.2	Øvrige vilkår	70
4.3.2	Konklusjon	74
4.4	OMFANGET AV RETTSHJELPEN	75
4.4.1	Omfanget av rettshjelpen og forholdet til EMK	76
4.4.2	KONKLUSJON	79
<b><u>5</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE / KILDER</u></b>	<b><u>80</u></b>

## 1 Innledende presentasjon av oppgaven

### 1.1 Problemet økonomiske hindringer for "Access to Court"

"Access to Court" kan være en ideelt sett ønsket rettighet i et rettssystem, men er det også en rettighet med hjemmel i lov?

EMK art. 6, 1 slår fast at "In the determination of his civil rights... everyone is entitled to a fair hearing within a... *tribunal*...". Rettspraksis fra menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg bygger på at "Access to Court" er en forutsetning for å få til en rettferdig rettergang. EMK art. 6 hjemler derfor også en rett til "Access to Court". Prejudikatet er **Golder v UK**<sup>1</sup> som slår fast at retten til "Access to Court" er ment som en praktisk rettighet, og ikke en teoretisk mulighet.

Hvilke hindringer kan så begrense domstolsadgangen i en slik grad at retten til "Access to Court" ikke lenger er en effektiv rettighet?

---

<sup>1</sup> Saken er gjort nærmere rede for under avsnittet "Retten til "Access to Court", side 8.

Hindringer som begrenser domstolsadgang og krenker retten til "Access to Court" kan etter praksis<sup>2</sup> fra EMD være av både formell og faktisk karakter. I denne oppgaven skal det fokuseres på faktiske økonomiske hindringer som etter standarden i EMK kan hindre en effektiv utnyttelse av retten til "Access to Court".

Hva menes med at "økonomiske hindringer" kan begrense retten til "Access to Court"?

Med økonomiske hindringer tenkes det i første rekke på omkostningsnivået i sivile saker. I følge Ruth Anker Høyen, dommer ved Oslo tingrett og medlem av Advokatkonkurranssutvalget, kommer "en vanlig tvist i forbrukerforhold, arbeidsforhold eller familierett lett opp i 60 000- 70 000 kroner pr. part"<sup>3</sup>. Dømmes man til å betale motpartens saksomkostninger i tillegg kan utgiftene fordobles. For en vanlig privatøkonomi er dette en meget stor påkjenning. Formelt sett er det opp til enhver å anlegge sak for å få prøvd sine rettigheter for domstolene. I praksis er det grunn til å anta at den som ikke har hel eller delvis dekning for sine advokatutgifter, for eksempel gjennom frirettshjelpordningen, rettshjelpsforsikring, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon m.v., har en begrenset adgang til domstolene som en konsekvens av det høye omkostningsnivået i sivile saker. I slike tilfeller vil økonomi være en begrensning på retten til "Access to Court".

---

<sup>2</sup> Airey, Series A No 32. Se nærmere om denne dommen under i punkt 3.3.

<sup>3</sup> Tallene for saksomkostningene fremgår av hennes kronikk i Aftenposten 6.september 2003 under overskriften "Advokater tar seg for godt betalt".

## 1.2 Oppgavens problemstillinger

Ettersom EMK art. 6 gir en rett til ”Access to Court” må det vurderes hvor langt rettigheten strekker seg i forhold til økonomiske hindringer. Oppgavens *første hovedproblemstilling* blir derfor: I hvilken grad pålegger EMK statene en plikt til å *motvirke* økonomiske hindringer for ”Access to Court”?

Deretter må det vurderes om Norge oppfyller plikten de har etter EMK til å motvirke økonomiske hindringer. Spørsmålet om Norge oppfyller plikten etter EMK til å motvirke økonomiske hindringer blir oppgavens *andre hovedproblemstilling*. Begge disse hovedproblemstillinger må sees i lys av både Grunnlovens § 110 c første ledd og EMK art. 1, der det heter at statene skal *respekt*ere og *sikre* menneskerettighetene. Plikten statene har til å motvirke økonomiske hindringer kan derfor deles opp i et *negativt* og et *positivt ansvar*. Slik tenkes også hovedproblemstillingene delt i oppgavens behandling av dem.

*Negativt ansvar* viser til statenes plikt til å *respekt*ere rettigheten ved å *avstå* fra offentlige tiltak som griper inn i retten til ”Access to Court”. Dette vil i denne oppgaven være handlinger som av ulike årsaker *øker omkostningsnivået* i sivile saker. Oppgavens første underproblemstilling i forhold til *det negative ansvaret* blir etter dette: I hvilken grad pålegger EMK statene en plikt til å avstå fra å *øke* omkostningsnivået i sivile saker?

I den grad statene etter EMK ikke kan *øke* omkostningsnivået i sivile saker må det vurderes i hvilken grad Norge oppfyller denne negative plikten. Det kan tenkes ulike

offentlig tiltak som fordyrer prosessføringen. Denne oppgaven vil begrenses seg til å vurdere om merverdiavgiftreformen<sup>4</sup> og forbudet mot resultatavhengige salæravtaler<sup>5</sup> kan tenkes å øke omkostningsnivået i sivile saker på en måte som krenker retten til "Access to Court". Disse underproblemstillingene vil nedenfor bli behandlet atskilt fra hverandre.

Merverdiavgiften på juridiske tjenester og forbudet mot resultatavhengige salæravtaler er valgt vurdert opp mot EMK ettersom det antas at disse offentlige tiltak har en særlig negativ økonomisk konsekvens i forhold til individets "Access to Court". Selv om disse offentlige tiltak er valgt behandlet skal det ikke utelukkes at andre tiltak også kan medføre økonomiske hindringer som krenker Norges negative forpliktelser etter EMK.

Det *positive ansvaret* for retten til "Access to Court" er statenes forpliktelser til å *sikre* rettigheten. Det positive ansvaret betyr at statene har *forpliktet seg til å handle* hvis retten til "Access to Court" *ikke er sikret*. Dette reiser en ny underproblemstilling. Har statene et ansvar for å besørge prosessfinansiering der det er nødvendig for at individet skal *sikres* en rett til "Access to Court"? I den grad EMK pålegger statene en slik plikt til å sørge for prosessfinansiering dukker en ny underproblemstilling opp. Det må da vurderes om Norge oppfyller denne positive plikten. Også i forhold til det positive ansvaret kan andre offentlige "handlingsunnlater" tenkes å være problematiske i forhold til EMK art. 6. For eksempel manglende prisregulering av markedet for advokattjenester. Behandlingen er derfor ikke ment å være uttømmende.

---

<sup>4</sup> Se side 27 flg.

<sup>5</sup> Se side 39 flg.

### 1.3 Avgrensninger og terminologi

Oppgaven vil ikke behandle andre folkerettslige bestemmelser enn EMK art. 6. Det vil videre være art. 6 sin mening med at individet har en rett til å få avgjort sine "Civil Rights...[ved en] tribunal..." som skal forsøkes kartlagt. Oppgaven vil ikke omhandle hva som ligger i at saken skal behandles av en "tribunal". Oppgaven vil heller ikke gjøre rede for det nærmere innholdet av betegnelsen "Civil Right". En gjennomgang av disse vilkårene i tillegg til retten til domstolsbehandling vil vanskelig la seg gjøre i denne oppgaven på grunn av ordbegrensningen. Det forutsettes derfor at både domstolen er en "tribunal" i EMK sin forstand, og at kravet er av typen en "Civil Right".

Problemstillingene omkring Norges negative forpliktelser vil forutsette at fri rettshjelp ikke blir innvilget. Der er derfor hensiktsmessig å knytte oppgaven særlig opp mot de saksområder som ikke er prioritert etter retthjelpsloven. En slik vinkling av problemstillingene vil forhåpentligvis også gjøre drøftelsene i forhold til det positive ansvaret for statlig prosessfinansiering bedre.

Da "hindringene" som skal vurderes i oppgaven er av økonomisk karakter, fremstår det som hensiktsmessig at behandlingen tar for seg *uprioriterte saker som er spesielt utsatt for "økonomiske hindringer"*. Oppgaven legger derfor opp til å behandle "Access to Court" i gjeldssaker spesielt. Der oppgaven bruker begrepet "skyldneren" eller "debitor" vil det være "Access to Court" i gjeldssaker som drøftes. Med uttrykket "individet" eller "klienten" vil det være "Access to Court" generelt det henvises til.



Mulige konflikter med retten til "Access to Court" vil i gjeldssaker kunne komme på spissen i to tilfeller. For det første i saker der skyldneren er uenig i kravets eksistens eller størrelse slik at dette må avgjøres av domstolen. For det annet i de tilfeller der skyldneren har erkjent kravets eksistens, og namsretten har truffet en kjennelse i en gjeldsordningssak som skyldneren ønsker å påkjære til domstolen. Hvis man tar med påkjæring av namsrettens kjennelse under gjeldssakene som skal behandles i oppgaven vil dette forutsette behandling av to spørsmål. For det første om namsretten er en "tribunal" i EMK sin forstand. For det annet om debitors ønske om en gunstigere gjeldsordningsavtale er en "Civil Right". Ettersom det allerede er avgrenset mot nettopp domstolskriteriet og innholdet av "Civil Rights", må oppgaven naturlig avgrenses ytterligere mot behandling av gjeldsordningsavtaler. Gjeldssakene som behandles i forhold til domstolsadgangen vil derfor begrenses til å være saker som vedrører kravets størrelse og/eller eksistens. I forhold til det positive ansvaret vil ikke oppgaven komme til å omhandle andre ordninger for prosessfinansiering enn den statlige.

#### 1.4 Metode

Oppgavens andre hovedproblemstilling; hvorvidt Norge tilfredsstiller EMK sine krav til å motvirke økonomiske hindringer for "Access to Court", er neppe avklart i praksis. Før problemstillingen i fremtiden eventuelt skulle dukke opp i EMD vil den uttømmende måtte behandles av norske domstoler. Selv om EMK metodisk står i en litt annen stilling enn annen norsk rett vil problemstillingene i oppgaven bli drøftet med utgangspunkt i den juridiske metode EMD benytter. Dette må være klart ettersom

Høyesterett har utalt at det er metoden EMD bruker som skal legges til grunn for tolkning av konvensjonen<sup>6</sup>.

## 1.5 Hensyn

Er ”Access to Court” en viktig rettighet i et demokratisk samfunn?

Når en borger involveres i en tvist av rettslig karakter er det ofte en forutsetning for å finne frem til en juridisk holdbar løsning at en tredje objektiv part bringes inn som tvisteløser. Dette vil oftest være en domstol. Å sikre borgeren en adgang til domstolen, og dermed få saken rettskraftig avgjort er derfor en forutsetning for å sikre reell *likhet for loven*. At det i rettsapparatet foreligger reell likhet for loven har betydning i forhold til *tilliten domstolen har hos allmennheten*. Hvis domstolen ikke har tillit i befolkningen, vil antall saker der *individene tar retten i egne hender* kunne øke. Det vil i så fall være lite ønskelig i en demokratisk rettsstat. Retten til domstolsbehandling er derfor en viktig rettighet i et moderne demokratisk rettssamfunn.

---

<sup>6</sup> Se Rt. 2000 s. 996.

## 2 Retten til "Access to Court"

Hva er statene forpliktet til å sikre og respektere?

Retten til domstolsbehandling er nedfelt i EMK art. 6 som sier at: "In the determination of his civil rights... everyone is entitled to a fair hearing within a reasonable time by an *independent and impartial tribunal*, established by law" (mine uthevninger). Etter en naturlig forståelse av ordlyden i art. 6 gir ikke bestemmelsen direkte en rett til domstolsbehandling. Ordlyden i bestemmelsen trekker mer i retning av at det skal stilles visse minimumskrav i forhold til de saker som *allerede verserer i* domstolen.

Det gjør seg imidlertid gjeldende særlige hensyn til effektivisering av formålet ved fortolkningen av bestemmelser nedfelt i EMK<sup>7</sup>. Praksis fra både Kommisjonen og Domstolen bygger på at konvensjonen skal tolkes slik at formålet blir effektivisert. Hvis art. 6 kun var ment å bare gjelde for verserende saker ville det i prinsippet ikke være noe i veien for at statene kunne nedlegge sine domstoler, og på denne måten gå klar av hele art. 6. En slik forståelse av ordlyden vil klart stride mot de rettsikkerhets hensyn art. 6 er formet for å beskytte. Det er på denne bakgrunn at rettspraksis fra menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg har slått fast at bestemmelsen også gir en rett til "Access to Court". Prejudikatet er **Golder v UK**<sup>8</sup>. Domstolen fant under dissens (9-3) at justisdepartementet i Storbritannia hadde krenket retten til "Access to Court" ved å nekte en innsatt å korrespondere med sin advokat via brev. Den innsatte vurderte å

---

<sup>7</sup> Se Jørgen Aall, Rettergang og menneskerettigheter [Bergen] 1995 side 34.

<sup>8</sup> Golder v UK, Series A No. 18 (1975).

anlegge sivil sak om ærekrenkelse mot en fangevokter. Ved å nekte den innsatte korrespondanse fikk han ikke anledning til å vurdere mulighetene for å kunne gå til sak. Etter flertallets syn måtte ordlyden i art. 6 tolkes i sammenheng med bestemmelsens formål og alminnelige prinsipper<sup>9</sup>. Flertallet fastslo derfor retten til å få et borgerlig rettskrav avgjort av en rettsinnsats også medfører en rett til å anlegge sivil sak etter art. 6<sup>10</sup>.

Ved tolkning av rettighetene fastslått i EMK er det viktig å stille spørsmål om rettigheten er ment å være absolutt eller relativ<sup>11</sup>. Hvis en rettighet er ment å være absolutt kan det i prinsippet ikke under noen omstendighet gripes inn i rettigheten ved lovreguleringer. Eksempel på en slik rettighet finnes i EMK art. 3 som sier at "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment". Spørsmål i denne sammenheng er om retten til "Access to Court" er absolutt eller ikke.

I **Golder v UK** <sup>12</sup> sier domstolen uttrykkelig at det er adgang til å tolke retten til "Access to Court" innskrenkende såfremt tolkningen ikke griper inn i kjernen av rettigheten. Domstolen fastslår med dette at retten til "Access to Court" ikke er ment som en absolutt rettighet<sup>13</sup>. På samme måte som retten til domstolsbehandling er en underliggende forutsetning for retten til en rettferdig rettergang, finner EMD at det også er underliggende forutsatte *begrensninger* i retten til "Access to Court". Nasjonal rett

---

<sup>9</sup> Golder v UK, Series A No. 18. Para. 26-36.

<sup>10</sup> Golder v UK, Series A 18. Para. 36.

<sup>11</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000. Side 45 - 45.

<sup>12</sup> Golder v UK, Series A No. 18 (1975).

<sup>13</sup> Golder v UK, A 18 (1975). Para. 38.

kan derfor stille krav til at partene eksempelvis har prosessdyktighet. At partene for eksempel må ha prosessdyktighet og en viss tilknytning til saken (rettslig interesse) er underliggende forutsatte begrensninger i individets rett til "Access to Court".

Ettersom noen begrensninger i rettigheten vil være tillatt i forhold til EMK, må hvert enkelt tilfelle vurderes særskilt. I de tilfeller det påberopes at nasjonale reguleringer er et hinder for "Access to Court" må konsekvensene av den nasjonale lovreguleringen i utgangspunktet alltid vurderes opp mot rettigheten. Hvis lovreguleringen ikke påvirker domstolsadgangen foreligger det heller ingen hindring for en effektiv rett til "Access to Court". Følgelig foreligger det heller ingen krenkelse av art. 6. Hvis derimot domstolsadgangen påvirkes, og særlig hvis retten avskjæres totalt er det nødvendig å vurdere om lovreguleringen begrenser retten til "Access to Court" på en måte som ikke er i samsvar med EMK. Det er derfor grensene for hva som skal ansees som akseptable begrensninger i retten til "Access to Court" som skal behandles i det følgende.

## 2.1 Statens skjønnsmargin

Har statene noen frihet i gjennomføringen av retten til "access to court"?

Rettighetene i konvensjonen vil i enkelte tilfeller komme i konflikt med motstridene samfunnshensyn. For å unngå unødvendige konflikter vil det være en fordel om staten har en frihet i *måten* de ønsker å gjennomføre rettigheten på. Domstolen har derfor gitt statene en frihet i måten de ønsker å gjennomføre rettighetene på slik at mulige

konflikter reduseres. Statenes frie skjønn er i teorien kjent som ”margin of appreciation”.

På den annen side er det grenser for ”statens frie skjønn”. EMK art. 6 stiller opp unntak for gjennomføringen av *offentligheten* i rettergangen. I forhold til ”Access to Court” rettigheten finnes det ingen oppstilte unntak. Statenes mulighet til å fremme andre samfunnsmessige hensyn på bekostning av individets rett til ”Access to Court” reduseres ettersom en slik unntakshjemmel mangler.

## 2.2 Kjernen av rettigheten

Er det noen begrensninger i rettigheten som etter sin art eller omfang ikke er akseptable?

Etter rettspraksis fra EMD er utgangspunktet at begrensninger i kjernen av retten til ”Access to Court” under ingen omstendighet kan tolereres<sup>14</sup>. Dette utgangspunktet flytter problemet over på noe nytt. Hva som er kjernene i retten må fastslås.

Kjernen i rettigheten er i første rekke å *sikre domstolsbehandling*<sup>15</sup>. En *total nektelse* av retten til domstolsbehandling vil derfor bryte inn i kjernen av rettigheten. Av art. 1

---

<sup>14</sup> Se *Ashingdane v UK* 1985. Series A No. 93. Se NOU 2001: 32 side 169- 170. Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 175- 176 med videre henvisninger.

<sup>15</sup> Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 175- 176.

fremgår det at statene skal sikre rettighetene som er fastlagt i konvensjonen. I art. 6 heter det at: "In the determination of *his civil rights*... everyone is entitled to a... tribunal..." (min utheving). Ordlyden i art. 1 lest i sammenheng med art. 6 leder til en forståelse av at det er individets rimelig *prosedable rettigheter* som skal *sikres*. Utenfor kjernen av rettigheten faller derfor saker som har lav grad av prosedabilitet. En nektelse av domstolsbehandling i saker med en høy grad av prosedabilitet vil derfor lettere gripe inn i kjernen av rettigheten enn om saken har mindre prosedabilitet.

Saker som argumenterer for at det må skje et skifte i gjeldene rett vil, om de skulle få medhold skape en ny rettstilstand som kan gi individene nye borgerlige rettigheter. Dette ligger derfor også utenfor kjernen av retten til "Access to Court". En tolkning som legger opp til at art. 6 er ment å *sikre prosedable og da etablerte rettigheter*, vil også innebære at like tilfeller skal behandles likt. Et slikt *likhetsprinsipp* vil til en viss grad virke i tid, slik at nye tilfeller skal behandles likt med tidligere tilsvarende tilfeller. Dette betyr at nye lovreguleringer som begrenser retten til "Access to Court" letter vil gripe inn i kjernen av rettigheten dersom hindringen innebærer en forskjellsbehandling fra tidligere tilfeller.

Retten til domstolsbehandling er videre ment å sikre de *individer som virkelig ønsker behandling*<sup>16</sup> av sine prosedable saker. Individer som ikke oppfører seg seriøst i forhold til å fremme saken vil derfor ha et mindre vern enn seriøse parter. Overholder ikke individet tidsfristen vil dette eksempelvis kunne være en *useriøs behandling*<sup>17</sup> av

---

<sup>16</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 175- 176.

<sup>17</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 175- 176.

søksmål. Årsaken til at tidsfristen ikke er overholdt vil være veiledende for seriøsitetsevurderingen.

### 2.3 Legitimitet

Hva kan begrunne en akseptabel begrensning av retten til ”Access to Court”?

Normalt har bestemmelser som avskjærer domstolsbehandling et formål. Det er i rettspraksis slått fast at en avskjæring av domstolsbehandling må kunne begrunnes i legitime formål<sup>18</sup>. Rent metodisk må formålene identifiseres før man reiser spørsmål om det konkrete formålet er legitimt. I det følgende skal det redegjøres for enkelte generelle trekk som kan medføre at formålet **ikke** er å regne som legitimt.

Utgangspunktet er at dersom avskjæringen *ikke kan begrunnes* overhode, vil formålet ikke være legitimt. Begrensninger i rettigheten som er gjort basert på *tilfeldigheter* eller gjort på *slump* vil i hovedsak også måtte betraktes som ikke legitime. Hvorvidt *avgjørelsen er basert på lov* eller ikke kan gi veiledning i spørsmålet om avgjørelsen er tilfeldig<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Se eksempelvis Ashingdane, Series A No. 93. Para. 57.

<sup>19</sup> Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 176-177.



Innskrenkninger i retten, som *diskriminerer uten å kunne begrunne diskrimineringen*, vil også i utgangspunktet måtte klassifiseres som ikke legitime<sup>20</sup>. Likeledes vil en manglende eller *mangelfull vurdering av om sak* skal fremmes for domstolen eller ikke, ikke være legitimt. En avvisning av saken basert på en mangelfull vurdering vil være i strid med art. 6 uavhengig av om saken er prosedabel eller ikke. Årsaken er at en mangelfull ”siling” av saker forut for domsbehandling alltid vil kunne lede til at velbegrunnete saker ikke blir behandlet i domstolen. Det avgjørende er begrunnelsen for å nekte å fremme saken for domstolen. Er realiteten i saken overhode ikke vurdert før saken blir avslått fra behandling i domstolen vil saksbehandlingen kunne gripe inn i retten til ”fair hearing” lettere enn i retten til ”Access to Court”. Hvis en avvisning av saken *ikke kan saklig begrunnes* er det retten til ”Access to Court” som krenkes. Hvis avvisningen skyldes en manglende vurdering av sakens prosedabilitet er det retten til en ”fair hearing” som krenkes<sup>21</sup>. Jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet, da det vil føre galt av sted i forhold til denne oppgaven.

På bakgrunn av praksis kan det også angis positivt hvilke formål som blir ansett for å *kunne begrunne begrensninger i retten* til ”Access to Court”. Ofte er disse formålene så konkrete at det blir vanskelig å trekkes opp generelle linjer for hva som skal til for å anse formålet som legitimt. Noen generelle holdepunkter er imidlertid mulig å angi.

---

<sup>20</sup> Illustrerende er *Canea Catholic Church v. Greece Judgment* 16 desember 1997 som er utførlig behandlet på side 31.

<sup>21</sup> Se Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 177.

I teorien fremheves<sup>22</sup> det at *samfunnshensyn* i praksis blir ansett som legitime. Med samfunnshensyn forstås beskyttelsen av ulike ting som er nødvendig for å sikre at samfunnet er en demokratisk rettsstat. Herunder nevnes eksempelvis hensynet til en virksom og effektiv forvaltning av *domsapparatets ressurser*.

Hvis man ikke har en effektiv og virksom domstol blir retten til "Access to Court" mindre verdt. Dette kan begrunne skranker for hvilke saker som fremmes for domstolen. Hvis saksmengden skulle bli for stor vil det *svekke effektiviteten* i domsapparatet og følgelig vil retten til "Access to Court" kunne "vannes ut"<sup>23</sup>. Dette betyr at avvisning av saker begrunnet i hensynet til arbeidsmengden i rettsvesenet kan være legitime.

Legitimiteten til avvisninger av saker begrunnet i hensynet til arbeidsmengden i rettsvesenet vil imidlertid variere med hvilken instans det er som avskjærer saken<sup>24</sup>. Særdomstoler som forliksrådet vil eksempelvis ikke kunne avskjære en sak basert på arbeidsmengden i samme grad som Høyesterett kan. Det samme er tilfellet for domstolslignende forvaltningsorganer som Forbrukertvistutvalget, Markedsrådet, Trygderetten og fylkesnemdene for sosiale saker. Det må allikevel antas at det er en grense for hvor langt arbeidsmengden kan være et legitimt formål for å avskjære en sak. Etter min forståelse mener enkelte i teorien<sup>25</sup> at grensen må sees i lys av domstolens eventuelle nye arbeidsoppgaver. Dersom staten pålegger domstolene mange nye

---

<sup>22</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 178-183.

<sup>23</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 179.

<sup>24</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 179-180.

<sup>25</sup> Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 179-180.

oppgaver som gjør at saksmengden øker i en slik grad at den ikke klarer å behandle saker som legges frem for den, vil det ikke lengre kunne argumenteres med at saken må avskjæres pga. arbeidsmengden. Hensynet vil da ikke lenger være legitimt. Argumentet kan ha mye for seg. I forhold til gjeldssaker vil argumentet kunne brukes på arbeidsmengden i namsretten. Gjeldsordningsavtaler i namsretten vil kunne medføre at individet ikke lenger har behovet for "Access to Court". Skyldneren og kreditor har eksempelvis kommet til enighet om at det omstridte kravet bortfaller dersom skyldneren innfrir helt eller delvis et annet krav kreditor har på skyldneren.

Hensynet til et rettssystem som bevarer ro og orden forutsetter på mange måter at individene har adgang til domstolene<sup>26</sup>. Ønsket om å *opprettholde ro og orden* baserer seg på at individene skal ha mulighet til å kunne forutberegne sin rettsstilling. Å søke rettslig forutberegnlighet er en viktig side ved rettsstaten. Forutberegnlighet kan være legitimt i forhold til for å begrense retten til "Access to Court". Er en sak rettskraftig avgjort kan forutberegnlighet være en legitim grunn til å avskjære ny sak om samme spørsmål.

Domstolen bygger mange måter på *tilliten den har i befolkningen*. Tilliten individene har til domstolen er basert på mange ting. For eksempel vil det være viktig at domstolen kommer til materielt riktige avgjørelser. Det vil også være av viktighet at domstolen er tilgjengelig for alle, noe som sikres gjennom retten til domstolsbehandling. I enkelte situasjoner vil det imidlertid være viktig at retten avskjærer saker for ikke å svekke tillitten til domstolen. *Respekt for domstolen og dens rettferdighets idealer* er viktige

---

<sup>26</sup> Se side 7.

hensyn. Slike hensyn er derfor legitime i forhold til å begrense retten til ”Access to Court”,<sup>27</sup>.

*Misbruk av rettssystemet* kan svekke tillitten til domstolen. Individer som misbruker rettssystemet ved å anlegge sak for alt mellom ”himmel og jord”<sup>28</sup> vil legitimt kunne avskjæres fra retten til domstolsadgang. Disse sakene vil sannsynligvis i tillegg bære preg av å ha liten eller ingen mulighet til å vinne frem. De griper derfor ikke inn i kjernen av retten. En adgang til å avskjære saker som misbruker rettssystemet vil redusere muligheten for at mer utstrakt bruk av resultatavhengige salæravtaler medfører et økt antall ubegrunnede søksmål. En økt bruk av resultatavhengige salæravtaler blir derfor mindre betenkelig<sup>29</sup>.

## 2.4 Forholdsmessighet

Er det forholdsmessighet mellom begrensningens omfang og begrensningens begrunnelse?

Det er bare der det er forholdsmessighet mellom begrensningen i retten til ”Access to Court” og det formål som ønskes oppnådd at begrensninger kan godtas<sup>30</sup>.

Forholdsmessigheten vurderes i forhold til omfanget av inngrepet på den ene side, og

---

<sup>27</sup> Se også Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 178-183.

<sup>28</sup> Se som eksempel Rt. 1995 s. 1113 (Regjeringsadvokatens skrekk).

<sup>29</sup> Se mer om problemstillingen knyttet til resultatavhengige salæravtaler på side 34 flg.

<sup>30</sup> Se eksempelvis Fayed, Series A No. 294-B og Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B.

begrunnelsen for inngrepet sammen med virkemiddelet på den annen. Den ulovfestete forholdsmessighetsvurderingen bygger i stor grad på den samme forholdsmessighetsvurderingen som gjøres i EMK artiklene 8, 9, 10 og 11<sup>31</sup>. Begrensinger i disse rettighetene skal i følge teorien<sup>32</sup> i hovedsak kun forkomme i den grad de er nødvendige i et demokratisk samfunn. Dette vil også være utgangspunktet for en forholdsmessighetsvurdering etter art. 6<sup>33</sup>. Det er balansen mellom individet på den ene side og staten på den annen som skal ivaretas. Denne balansegangen er å betrakte som en rettslig standard.

Etter forholdsmessighetsvurderingen i EMK art. 8, 9, 10 og 11 er det nødvendig at begrensningen i rettigheten er gjort ”in accordance with the law”. Uttrykket ”law” betyr ikke bare formell lov, men også annen rett skapt av eksempelvis domstolen eller gjennom sedvanlig praksis. Det samme må gjelde for den ulovfestete forholdsmessighetsvurderingen. Det er derfor avgjørende at begrensningen i retten til ”Access to Court” er *gjort i samsvar med retten*. Hvis begrensningen er gjort ”in accordance with the law” øker sannsynlighet for at lovgiver og/eller domstolen har vurdert forholdsmessigheten i begrensningen. Hvis inngrepet er hjemlet i formell lov er det videre naturlig å vurdere hjemmelsgrunnlaget. Har inngrepet en klar hjemmel i formell lov skal det mer til for å si at inngrepet er uforholdsmessig enn om inngrepet ikke har klar hjemmel i formell lov. Det er imidlertid ingen nødvendig betingelse for å finne inngrepet forholdsmessig at lovgiver og/eller domstolen eksplisitt har drøftet

---

<sup>31</sup> Se Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 183-185.

<sup>32</sup> Se Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 183-185.

<sup>33</sup> Hva som ligger i begrepet ”demokratisk samfunn” er utførlig diskutert i Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 21 – 37.

forholdsmessigheten ved ulike handlingsalternativer. På den annen side vil en slik eksplisitt drøftelse gi preg av at begrensningen er forholdsmessig.

Et naturlig startsted for forholdsmessighetsvurderingen er å se på *innngrepets art*. Er inngrepet totalt vil retten til domstolsadgang være fratatt individet. Dette er i seg selv et argument for at inngrepet er uforholdsmessig. Har lovgiver sikret at individet har en annen tvisteløsningskanal trenger imidlertid selv ikke fullstendige avskjæringer fra domstolsbehandling automatisk medføre uforholdsmessige begrensninger i retten til ”Access to Court”. Forutsetningen er da at den alternative tvisteløsningskanalen også tilfredsstiller kravene til å være en ”tribunal” i EMK forstand. Det vil i denne relasjon også være rimelig å se hen til individets behov for domstolsbehandling.

Det må antas at det også vil være relevant å se på *styrkeforholdet* mellom partene i saken. Høyesterett la i hvert fall vekt på dette i **Rt. 1999 s. 961**. Saken dreide seg om en utenlandsk borger, bosatt i utlandet, som reiste sak mot staten med krav om erstatning og oppreisning for uberettiget frihetsberøvelse i Norge. I ankesaken for lagmannsretten vedrørende erstatningskravet krevet staten sikkerhetsstillelse for saksomkostningene, jfr. tvml. § 182. Spørsmålet for Høyesterett var om sikkerhetsstillelse i dette tilfellet ville være i strid med retten til ”Access to Court” etter EMK art. 6. Høyesterett vektla styrkeforholdet mellom partene da domstolen uttalt at: ”saksøkeren er en *ressurssvak* enkelt person... [mot] staten som er... saksøkt” (min uthevning), se side 972.

Begrunnelsen for begrensningen i retten til ”Access to Court” er avgjørende for å vurdere veten av formålet. Dette leder over på vurderingen av om inngrepet kan begrunnes. Egenvekten av formålet må derfor fastslåes ut fra de samme kriterier som

fastslår om formålet er legitimt. Det er derfor ikke vanntette skott mellom legitimitets- og forholdsmessighetsvurderingen. Hvis inngrepet fortøner seg *diskriminerende* vil inngrepet letter bli betraktet som uforholdsmessig. Dette vil være utgangspunktet der like tilfeller blir behandlet ulikt.

## 2.5 Oppsummering

Statens skjønnsmargin er utgangspunktet for vurderingen av om en begrensning i retten til "Access to Court" er akseptabel. Gjennomfører staten rettigheten på en slik måte at rettigheten begrenses har EMD gjennom praksis lagt opp til at begrensningen må tilfredsstillende tre kumulative vilkår<sup>34</sup>. For det første må det ikke gjøres noen begrensninger av en slik art eller omfang at de rammer selve kjernen i retten til "Access to Court"<sup>35</sup>. For det annet må begrensningen i retten forfølge et legitimt formål<sup>36</sup>. For det tredje må det være forholdsmessighet mellom mål og middel<sup>37</sup>.

Normalt vil avskjæring av en mindre prosedabel sak som argumenterer med å bryte med etablert praksis, ikke falle inn under det som er rettighetens kjerne. Motsatt kan det hevdes at avskjæring som bryter med likhetsprinsippet lettere vil gripe inn i kjernen av

---

<sup>34</sup> Line Ravlo "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 49 – 51.

<sup>35</sup> Ashingdane, Series A No. 57. Se også Line Ravlo "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 175 - 176.

<sup>36</sup> Jfr. f.eks. Fayed, Series A No.294- B, Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316- B. Se også Line Ravlo "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 176 -183.

<sup>37</sup> Jfr. f.eks. Fayed, Series A No.294- B, Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316- B. Se også Line Ravlo "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 183 – 185.

rettigheten. Begrensninger i retten som er tilfeldige eller fører til meningsløs forskjellsbehandling vil i hovedsak ikke være legitime. Det samme er tilfellet om det ikke er vurdert hvilke konsekvenser begrensningen vil ha. Begrensninger som kan begrunnes i hensynet til et effektivt rettsapparat vil i hovedsak være å betrakte som legitime. Det samme vil være tilfellet ved beskyttelse av andre samfunns hensyn særlig hensynet til en stats økonomi. Forholdsmessigheten vil bero på begrensningens art og omfang sett i lys av hvor tungtveiende formålet med begrensningen er. Diskriminerende inngrep vil trekke i retning av å se begrensningen som uforholdsmessig.

### **3 Negativt ansvar**

Norge har på bakgrunn av det som er beskrevet over en plikt til å respektere retten til "Access to Court" ved å *avstå* fra visse offentlige tiltak som begrenser rettigheten. Imidlertid er retten som nevnt ikke absolutt. Det vil i det følgende rettes fokus på to typer av offentlige tiltak som kan medføre at det økonomiske hinderet for "Access to Court" blir større.

#### **3.1 Merverdiavgift på juridiske tjenester – En begrensning?**

I hvilken grad begrenser merverdiavgiften individets rett til "Access to Court"?



Ettersom merverdiavgift bare utgjør en *del av* omkostningsnivået i sivile saker forutsetter et mulig empirisk svar på dette spørsmålet en nærmere oppdeling av problemstillingen. Først må det undersøkes i hvilken grad manglende økonomiske ressurser begrenser individets rett til ”Access to Court”. Deretter må det kartlegges *hvor stor del* av denne begrensningen som *skyldes* merverdiavgiften.

### 3.1.1 Økonomiens betydning som begrensning

I hvilken grad begrenser økonomi individets rett til ”Access to Court”?

En begrensning av retten til ”Access to Court” forårsaket av økonomiske hindringer vil forutsette at omkostningsnivået i sivile saker er så høyt at individet ikke har tilstrekkelige midler til å betale prosessføring for domstolen. En undersøkelse av antall saker som stopper *før* domstolsbehandling *på grunn av manglende økonomiske midler* ville gitt empiriske data til en slik vurdering. Jeg kjenner ikke til at det eksisterer noen slik undersøkelse i dag. Jeg skal nedenfor forsøke å gjøre rede for årsaken til at eksisterende rettshjelpsundersøkelser er lite egnet til å gi empirisk data i vurderingen av økonomiens betydning som hindring for ”Access to Court”.

#### 3.1.1.1 Rettighetens ikrafttredelse

Omfattes individets tilgang til juridiske tjenester *alltid* av retten til ”Access to Court”?

Eksisterende rettshjelpsundersøkelser avdekker individets tilgang til *juridiske tjenester*, og ikke individets tilgang til *"Access to Court"*. En stor del av det udekkete rettshjelpsbehovet vil kunne dekkes utenfor domstolen slik at individet ikke lenger har behov for *"Access to Court"*. Det *udekkete behovet for domstolsbehandling* er derfor mindre enn det *udekkete rettshjelpsbehovet*. Denne forskjellen får betydning for undersøkelsens empiriske relevans, dersom individets tilgang på juridiske tjenester er noe annet enn retten til *"Access to Court"*. Hvorvidt tilgangen på juridiske tjenester er noe annet enn retten til *"Access to Court"* beror på når retten til *"Access to Court"* starter. Dersom retten til *"Access to Court"* trer i kraft på et senere tidspunkt enn tidspunktet individet har behov for hjelp til å løse et juridisk problem vil ikke undersøkelsene ha relevans i vurderingen av individets tilgang til *"Access to Court"*. Tidspunktet individet får retten til *"Access to Court"* må derfor klarlegges.

Når trer retten til *"Access to Court"* i kraft? I forhold til rettighetens ikrafttredelse kan det tenkes mange ulike tidspunkt. Man kan for eksempel tenke seg at rettigheten trer i kraft på tidspunktet individet får bekreftet at problemet er av juridisk art, eller for eksempel tidspunktet for stevning. Av ordlyden i EMK art. 6, 1 fremgår det at *"Access to Court"* skal skje der individet trenger å få avgjort sine "... civil rights and obligations...". Ordlyden i EMK artikkel 6 tyder derfor på at forutsetningen for individets rett til *"Access to Court"* er et *behov for å få avgjort en rettighet eller plikt*. Et behov for å få avgjort sine rettigheter kan oppstå alt ved avdekkingen av et juridisk problem.

På den annen side vil det ikke være tilstrekkelig å avdekke at individet har et juridisk problem for at rettigheten skal tre i kraft. Etter ordlyden vil det kun være der individet

har et behov for *domstolsbehandling* at retten til ”Access to Court” starter, jfr ”... by an independent and impartial *tribunal*” (min uthevning) i art. 6,1. Det betyr at individet ikke vil ha en rett til ”Access to Court” om en løsning utenfor domstolen kan oppnås. Ordlyden trekker derfor i retning av at retten til ”Access to Court” starter alt ved avdekkingen av at individet har et juridisk problem hvis en ordning utenfor domstolen ikke er mulig.

Etter flertallets syn i **Golder** måtte ordlyden i art. 6 tolkes i sammenheng med bestemmelsens formål og alminnelige prinsipper slik at formålet blir effektivisert<sup>38</sup>. En tolkning av ordlyden som legger opp til at retten starter ved individets behov for ”Access to Court” er egnet til å effektivisere formålet med bestemmelsen.

Formålet med konvensjonen og bestemmelsen i art. 6 er å gi individet enkelte minimums rettigheter. Formålet kommer så klart og tydelig til frem at særlig hensyn til effektiviseringen av formålet på menneskerettighetenes område<sup>39</sup> gjelder for tolkingen av konvensjonen. En tolkning av ordlyden som samsvarer med bestemmelsens formål er derfor et sterkt argument for at tolkningsalternativet skal legges til grunn. Wienkonvensjonen art. 31, 3 litra c som EMD også vektla i **Golder** åpner for at det kan legges vekt på mer generelle rettssikkerhetsgarantier ved tolkingen. Dette vil øke vekten av tolkningsalternativet ytterligere.

---

<sup>38</sup> Golder, Series A No. 18. Para. 36.

<sup>39</sup> Se Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, [Bergen], 1995, side 10.

En forståelse av at rettigheten trer i kraft ved et visst behov stemmer også godt med **Golder** dommen. Der ble det ansett å være et brudd på retten til "Access to Court" at den innsatte ikke fikk korrespondere med sin advokat ettersom han hadde behov for det. På denne bakgrunn må det konkluderes med at retten til "Access to Court" starter på tidspunktet individet har et visst behov for domstolsbehandling. Individet vil ha behov for juridisk bistand til å løse sitt juridiske problem på et tidligere tidspunkt. Retten til "Access to Court" er derfor snevrere enn den eventuelle retten til juridisk bistand. Individets tilgang på juridiske tjenester omfattes derfor ikke alltid av retten til "Access to Court".

#### 3.1.1.2 Årsaken til rettshjelpsbehovet

Er økonomi årsaken til det udekkete rettshjelpsbehovet?

Det udekkete rettshjelpsbehovet er summen av juridisk problemer som individene ønsker hjelp til å løse uten å få slik hjelp. Økonomi er nødvendigvis *ikke hele forklaringen* på at individene ikke får hjelp til å avklare sine juridiske problemer. En god del av det udekkete rettshjelpsbehovet må eksempelvis kunne antas å skyldes dårlig informasjon og kunnskap om individets egne rettigheter. Selv om individene har generelle juridiske kunnskaper kan de ha problemer med å anvende kunnskapen på faktiske forhold. I tillegg vil jeg anta at enkelte individer har problemer med å vite hvor de skal henvende seg, eller på hvilken måte de skal gå frem for å løse sine problemer. Slik jeg leser undersøkelsen Rettshjelp 2001 er det ikke avdekket hvor mange individer som ikke fikk hjelp på grunn av manglende økonomiske ressurser. Det er derfor

vanskelig å bruke undersøkelsen som empirisk data for å fastslå økonomiens betydning som hindring for "Access to Court".

Selv om undersøkelsen hadde gitt klare holdepunkter for hvor mange individer som ikke fikk hjelp på grunn av manglende økonomiske ressurser er det ikke sikkert at de empiriske dataene kunne brukes på "Access to Court" problemstillingen. Litt upresist påstår jeg at de fleste rettssosiologiske undersøkelsene måler i hvilken grad folk ville benyttet juridiske tjenester om slike tjenester var *gratis*. Retten til "Access to Court" gir ingen rett til gratis prosessføring<sup>40</sup>. Individet må derfor i utgangspunktet betale noe for å få sin rett til "Access to Court". Det kan vanskelig undersøkes generelt hvordan individene avveier fordelene ved å søke juridisk bistand mot kostnadene ved dette. Ettersom undersøkelsene ikke måler hva folk er villig til å betale for å få løst problemet er det ikke sikkert at alle med et udekket rettshjelpsbehov ville vært villig til å betale det det koster for å få retten til "Access to Court". Det udekkete rettshjelpsbehovet som skyldes økonomi er derfor ganske sikkert større enn det udekkete behovet for "Access to Court" som skyldes økonomi. Dette må ikke forstås som en kritikk av undersøkelsene, men en innvending mot å bruke undersøkelsene empirisk i forhold til "Access to Court" problemstillingen.

#### 3.1.1.3 Delkonklusjon

---

<sup>40</sup> Se nedenfor side 56.

Ettersom rettssosiologiske undersøkelser vanskelig kan brukes som empirisk data er det umulig å fastslå økonomiens nøyaktige betydning som hindring for "Access to Court". Sett i lys av det høye omkostningsnivået i sivile saker må det allikevel kunne konkluderes med at økonomi er en ikke ubetydelig hindring for individets "Access to Court". Rettigheten vil være krenket der et individ er villig til å betale for domstolsbehandling, men omkostningsnivået er så høyt at individet ikke har tilstrekkelige midler til å betale prosessføringen for domstolen.

### 3.1.2 Advokatsalærets betydning for merverdiavgiften

Hvilken betydning har advokatsalæret for merverdiavgiften som hindring?

Merverdiavgiften er en avgift på 24 % av advokatsalæret. Prisen på advokatoppdraget utgjør derfor en langt *større del* av den økonomiske hindringen enn merverdiavgiften. Dersom advokatoppdraget er overpriset er det *salæret som vil utgjøre den vesentlige delen av individets hinder* for "Access to Court", og ikke merverdiavgiften.

Det er advokatregningen inklusiv merverdiavgift som skal betales av individet. For å vurdere merverdiavgiftens betydning som hindring for "Access to Court", er det viktig å finne ut hvor mye mer individet betaler på grunn av merverdiavgiften. De to følgende vurderingstemaer blir derfor advokatens prissetting av oppdraget og hvor mye avgiften koster individet.

### 3.1.2.1 Advokatens prising av oppdraget

Er advokatoppdraget overpriset?

For at salærnivået skal krenke retten til ”Access to Court” må advokatoppdraget være overpriset. At noe er overpriset betyr at prisen ligger høyere enn det som er riktig pris for tjenesten. Hva som er riktig pris må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Selv om vurderingen av om prisen er riktig må skje konkret kan enkelte mer generelle trekk ved salærnivået drøftes opp mot hva som bør være riktig pris. Dette er utgangspunktet for følgende drøftelse.

Selv om det finnes en rekke advokater som tilbyr sine tjenester i Norge velger jeg å se på markedet for advokattjenester som et monopol marked. Det er i hovedsak to årsaker til at jeg mener markedet for advokattjenester kan betraktes som et monopol. For det første har Advokatforeningens etiske regler<sup>41</sup> bestemmelser om salær beregningen som alle advokater må følge. Felles bransjeregler for hva som er riktig pris for tjenesten vil gjøre prisforskjellen advokater imellom mindre. For det annet har advokater enerett på å være individets prosessfullmektig ved domstolsbehandling. Klienten har dermed ingen nære substitutter for advokater som prosessfullmektiger ved domstolsbehandling. Mangelen på nære substitutter medfører at advokatene kan ha høye salærer uten at klienten har mulighet til å velge billigere løsninger for å få ”Access to Court”.

---

<sup>41</sup> Se nærmere om salærberegningen i de etiske reglene nedenfor på side 42.

Et monopol er ikke et fullkomment markedet der riktig pris justeres automatisk mellom tilbud og etterspørsel i markedet. I et monopol vil monopolisten sette en pris godt over grensekostnaden ved produksjonen og tjener vanligvis mye penger. Med grensekostnaden menes merkostnaden med å levere en tjeneste til.

En vurdering av om en tjeneste er overpriset i et monopol må derfor basere seg på om advokaten tjener ”for mye” på sin virksomhet. I et slikt skjønnsmessig vurderingstema blir statistikk det eneste faste holdepunkt for hva som er å betrakte som ”for mye inntekt”. Den gjennomsnittelige timeprisen for advokater er 1046 kroner eksklusive moms<sup>42</sup>. Priseveksten på advokattjenester har fra 1994 til 1999 økt med ca. 25 %<sup>43</sup>. Prisøkning er 13 % høyere enn konsumprisindeksen for samme periode. Samtidig har advokatens kostnader også økt i perioden<sup>44</sup>. Det fremgår av NOU 2002: 18 at ”timeprisen i Norge synes å være gjennomgående lavere enn i andre land det er naturlig å sammenligne med”<sup>45</sup>. Det er derfor vanskelig å si om en prisvekst som er 13 % høyere enn ellers i samfunnet trekker i retning av at advokatoppdraget er overpriset.

Ved kun å fokusere på selve prissettingen av oppdraget får man imidlertid ikke frem andre forhold som virker inn på prisen. Samfunnet har i de senere år blitt mer komplekst. Rettsregler har også økt i omfang. Rettssaker er derfor trolig blitt mer tidkrevende slik at tidsbruken for advokater på enkeltsaker også er blitt høyere. Dette

---

<sup>42</sup> Se NOU 2002: 18 side 96.

<sup>43</sup> Se NOU 2002: 18 side 105.

<sup>44</sup> Se NOU 2002: 18 side 105.

<sup>45</sup> Se NOU 2002: 18 side 98.



påvirker igjen prisingen av oppdraget. En prisstigning utover konsumprisindeksen trenger derfor ikke bety at advokatoppdraget er overpriset.

Deler av advokatens tidsbruk skyldes også en kanskje unødvendig tungvint og sendrektig prosessføring. Dommerne har riktignok hjemmel til å utøve en aktiv prosessledelse for å forenkle rettergangen, men dommerens prosessledelse er samtidig et spørsmål om ressurser fra det offentlige.

Konkurransen blant advokater har i de siste år økt i betydelig grad. Økt konkurranse har trolig bidratt til en reduksjon i det generelle salærnivået<sup>46</sup>. I tillegg har økt bruk av anbud særlig i offentlig sektor gjort det mer vanlig å gi klienter et bindende prisoverslag. Dette har trolig også bidratt til prisreduksjonen.

Selv om staten har gitt advokater monopol på prosessføring for domstolen vil ikke salærnivået være i strid med retten til "Access to Court" dersom prisenivået er nødvendig. Det kan ikke i denne oppgaven gis noe klart svar på om advokaten tjener for mye på sine tjenester. Til det er det skisserte vurderingstemaet for komplekst. Det er derfor vanskelig å oppsummere med annet enn at en rekke faktorer spiller inn på prissettingen av advokatoppdraget slik at salæret ikke nødvendigvis er overpriset.

---

<sup>46</sup> NOU 2002: 18 side 105.

### 3.1.2.2 Merverdiavgiftens proporsjonalitet med advokatsalæret

Hvor mye betaler klienten av merverdiavgiften?

Advokattjenester har ikke blitt dyrere for næringsdrivende som kan gjøre fradrag for merverdiavgift. Disse blir likt stilt som før. Problemet kommer altså bare på spissen i forhold til andre som ikke kan gjøre fradrag for merverdiavgift. Dette vil i hovedsak være private.

Det er vanskelig å si hvor mye dyrere advokattjenester har blitt for private etter at merverdiavgiftsreformen trådte i kraft 1. juli 2001. Selv om det er lagt 24 % merverdiavgift på juridiske tjenester er det ikke gitt at advokatsalæret også har steget med 24 %. Advokatene kan i større grad enn tidligere gjøre fradrag for den inngående merverdiavgiften. Allikevel vil ikke det nye fradraget utgjøre nok til at advokaten kan senke prisene med fulle 24 % og samtidig ende opp med samme inntjening som tidligere. Skal prisen være den samme vil det altså oppstå en differanse i inntjeningen som enten advokaten må bære selv eller velte over på klienten.

I NOU 2002: 18 har man konkludert med at prisene har steget ”i en slik grad at det bidrar til å begrense befolkningens tilgang til juridiske tjenester, noe som er klart uheldig”<sup>47</sup>. Hvor mye av merverdiavgiften som er veltet over på klienten er dermed ikke konkret kartlagt.

---

<sup>47</sup> Se NOU 2002: 18 side 214.

### 3.1.2.3 Delkonklusjon

Advokatoppdraget er ikke overpriset. Salærnivået krenker derfor ikke retten til "Access to Court" etter EMK art. 6. Merverdiavgiften har ikke gjort juridiske tjenester dyrere for merverdiavgiftspliktige. For private er juridiske tjenester blitt inntil 24 % dyrere.

### 3.1.3 Merverdiavgiftens betydning som hindring

Hvor stor del av den økonomiske hindringen for "Access to Court" skyldes merverdiavgiften?

Av drøftelsene ovenfor fremgår det at det ikke kan utelukkes at advokatsalæret er satt unødvendig høyt, og det kan heller ikke klart angis hvor mye av merverdiavgiften klienten blir belastet. Ettersom disse faktorer påvirker merverdiavgiftens betydnings som hindring blir denne og de følgende drøftelser umulige uten å gjøre visse forutsetninger. Det forutsettes derfor at merverdiavgiften for private utgjør *inntil* 24 % av den ikke ubetydelige økonomiske hindringen for "Access to Court".

### 3.1.4 Konklusjon

Merverdiavgiften utgjør for private inntil 24 % av det økonomiske hinderet for private individers "Access to Court".

### 3.2 Merverdiavgiften og forholdet til EMK

Strider en statlig avgift som øker det økonomiske hinderet for "Access to Court" med inntil 24 % mot Norges negative forpliktelser etter EMK art. 6?

For å avgjøre om begrensningen merverdiavgiften medfører på "Access to Court" er lovlig i forhold til EMK, er det nødvendig å vurdere om hindringen tilfredsstillende tre kumulative vilkår<sup>48</sup>.

#### 3.2.1 Kjernen av rettigheten

Griper merverdiavgiften inn i kjernen av rettigheten "Access to Court"?

Hvorvidt avgiften griper inn i kjernen av rettigheten må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. I utgangspunktet vil merverdiavgiften *for*dyre "Access to Court" med inntil 24 % for individet. I konkrete situasjoner der individet mangler *mindre enn 24 %* av de nødvendige økonomiske midler for å få "Access to Court" vil merverdiavgiften blokkere individets rett til "Access to Court". Avgjørende for å vurdere om avgiften griper inn i kjernen av rettigheten er hvor mange prosent av de nødvendige økonomiske ressursene til prosessføring individet mangler. Mangler individet mer enn 24 % vil ikke merverdiavgiften gripe inn i kjernen av rettigheten.

---

<sup>48</sup> Det er tidligere redegjort for vilkårenes og deres generelle innhold over på side 11 - 18.

Det kan imidlertid tenkes noen generelle tilfeller der en avgift på inntil 24 % av advokatoppdraget kan blokkere for "Access to Court". Slike tilfeller kan tenkes å oppstå der advokaten påtar seg en sak kostnadsfritt for klienten, heretter kalt pro bono saker. Hvor mange saker som føres på pro bono basis årlig vites ikke. Antakelig dreier det seg om et mindre antall saker.

Advokaten som påtar seg en pro bono sak og taper vil risikere å måtte betale merverdiavgift av de timer som allerede er arbeidet. Dette vil medføre en risiko for advokaten som gjør at han ikke er villig til å ta saken på pro bono basis. Det er derfor tenkelig at merverdiavgiften kan gripe inn i kjernen av rettigheten i pro bono saker.

Retten til "Access to Court" vil som nevnt oppstå der saken har et visst minimum av prosedabilitet. Poenget her er at desto mer prosedabilitet saken har, desto nærmere kjernen i rettigheten befinner vi oss om saken blokkeres. Advokatens risikovurdering for å måtte betale merverdiavgift av arbeidet i pro bono saker vil sammenfalle med sakens prosedabilitet. Er saken ytterst tvilsom vil individet trolig heller ikke ha noen eksisterende prosedable rettighet som har behov for å sikres. Likeledes vil pro bono advokaten ut i fra en risikovurdering ikke påta seg oppdraget. I de tilfeller pro bono advokaten ikke vil påta seg en sak på grunn av manglende prosedabilitet, vil individet heller ikke ha noen sivil prosedable rettighet som trenger å sikres i EMK sin forstand. Problemet i forhold til en mulig begrensning av kjernen i retten til "Access to Court" vil da bortfalle.

En tolkning som legger opp til at art. 6 i første rekke er ment å sikre prosedable rettigheter, vil også innebære at like tilfeller skal behandles likt. Et slikt likhetsprinsipp

vil til en viss grad virke i tid, slik at nye tilfeller skal behandles likt som tidligere tilsvarende tilfeller. Dette betyr at nye lovreguleringer som begrenser retten til "Access to Court", vil kunne gripe inn i kjernen av rettigheten om hindringen innebærer en forskjellsbehandling fra tidligere tilfeller. I forhold til økonomiske hindringer i gjeldssaker kan synspunktene overføres til saker som står mellom skyldneren på den ene side og en stor finansinstitusjon på den annen. Etter merverdiavgiftreformen har en slik sak blitt inntil<sup>49</sup> 24 % dyrere å føre for individet i forhold til tilsvarende saker før reformen<sup>50</sup>. Det kan derfor stille spørsmål ved om merverdiavgiften krenker kjernen av rettigheten fordi den bryter med likhetsprinsippet.

Rettighetene i EMK er i utgangspunktet av sivil og politisk karakter, og ikke av sosial og økonomisk karakter. Ettersom reformen er av økonomisk karakter vil det dette til en viss grad påvirke tolkningen av omfanget til rettighetene etter konvensjonen. Sett i lys av at merverdiavgiftsreformen i tillegg er finanspolitisk svært omfattende da den omfatter alle typer tjenester, vil ikke suverenitetsprinsippet være forenlig med en tolkning som legger opp til at reformen strider mot konvensjonen. En hindring forårsaket av en slik omfattende finanspolitisk reform vil derfor ikke bli funnet å kunne krenke kjernen av retten til "Access to Court" basert på et likhetsprinsippet. Det fastslås derfor at merverdiavgiften ikke i noen situasjoner kan tenkes å innebære en begrensning som gripe inn i selve kjernen av retten til "Access to Court".

---

<sup>49</sup> Se side 25 for priskonsekvensen av merverdiavgiften.

<sup>50</sup> Se nærmere om denne problemstillingen på side 25.

### 3.2.2 Begrensningens legitimitet

Søker merverdiavgiften å ivareta legitime hensyn?

Det var flere ulike hensyn som lå bak innføringen av merverdiavgiftsreformen. Stortinget la i første rekke opp til å unngå en forskjellsbehandling mellom tjenester som var avgiftsbelagt og avgiftsfrie tjenester. Lovgiver mente denne forskjellsbehandlingen bidro til å vri ressursbruken fra avgiftsbelagt til avgiftsfri produksjon. Det er vanskelig å se for seg hvordan dette argumentet skal kunne begrunne en innføring av merverdiavgift på juridiske tjenester. Bistand i rettsspørsmål ville tidligere i hovedsak være avgiftsfrie tjenester. Det er ikke lett å se hvilken avgiftsbelagt produksjon som opplevde å tape kunder til avgiftsfri produksjon av juridiske tjenester. Bistand i rettsspørsmål kan ikke gis av andre enn mennesker som tilbyr juridiske tjenester. Det var derfor ikke noen mulighet for vridning i ressursbruken på området for juridiske tjenester i utgangspunktet. Dette hensynet er derfor ikke legitimt i forhold til innføring av merverdiavgift på juridiske tjenester som begrenser retten til "Access to Court".

Regjeringen pekte på at en avgiftsplikt for flere tjenester, var viktig for å sikre statens framtidige inntekter. Tjenestenes andel av forbruket hadde økt fra 37 prosent av samlet privat forbruk i 1970 til 46 prosent i 1999, og andelen av tjenesteforbruket var forventet å øke ytterligere i årene framover. I forhold til merverdiavgiftsreformen synes det som om økte inntekter til staten som er den relevante begrunnelse for å innføre merverdiavgift på juridiske tjenester.

EMK er en internasjonal konvensjon. Det er derfor viktig at ikke for mye suverenitet forsvinner fra statene ved at konvensjonsrettighetene blir for omfattende. Interne anliggende som en stats økonomi vil derfor vanskelig kunne sies å være annet en direkte underlagt statenes suverenitet. Hensynet til nasjonal økonomi er i hvert fall i følge teorien<sup>51</sup> et samfunnshensyn som legitimt kan begrense retten til "Access to Court". I sær må dette gjelde en så omfattende reform som merverdiavgiftsreformen.

Lovgiver vektla også at en sikring av statens inntekter ved merverdiavgift på flere tjenester var god fordelingspolitikk. Tanken var at tjenestenes andel av forbruket steg med inntekten. Dette må antas å være holdbart i forhold til de fleste typer tjenester, bortsett fra juridiske. Skal lovgivers tanke overføres til juridiske tjenester som i noen tilfeller er en nødvendig betingelse for "Access to Court", blir resonnementet at størst inntekt gir mest "Access to Court". Dette vil ramme de individer som har minst økonomiske midler til rådighet. Merverdiavgiften på juridiske tjenester har på mange måter derfor blitt det motsatte av god fordelingspolitikk. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å hevde at begrunnelsen for merverdiavgiftsreformen ikke er legitim i forhold til EMK.

Innskrenkninger i retten som diskriminerer uten å kunne begrunne diskrimineringen vil i utgangspunktet måtte klassifiseres som ikke legitim. Eksempelvis nevnes **Canea Catholic Church v. Greece judgment av 16 desember 1997**. Saken dreide seg om den Katolske kirke som ikke fikk reise sak ettersom den ikke hadde partsevne. Imidlertid hadde både den Ortodokse kirke og det Jødiske samfunn partsevne. Domstolen fant

---

<sup>51</sup> Line Ravlo "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000, side 182.



derfor at avgjørelsen om at den Katolske kirke ikke hadde partsevne innebar et brudd på art. 6. Det var ikke manglende partsevne som var avgjørende for domstolen. Reglen som fastslo partsevne som prosessforutsetning for "Access to Court" var ikke i strid med EMK art. 6. Det var den meningsløse forskjellsbehandlingen av den Katolske kirke som kom i konflikt med art. 6.

I forhold til denne oppgaven kan det reises spørsmål om merverdiavgiften på juridiske tjenester i visse situasjoner vil føre til en meningsløs forskjellsbehandling av partene i saken. Dette kan synes å være tilfellet der saken står mellom en bedrift eller andre merverdiavgiftspliktige på den ene side og en privat part på den annen. Bedrifter og andre merverdiavgiftspliktige har fradrag for inngående merverdiavgift slik at avgiften har lite å si for disse. Den private part vil ikke ha mulighet til å gjøre fradrag for merverdiavgiften, og således vil reformen bare "fordyre" hans utgifter til prosessføring. Det er i seg selv beklagelig at avgiften rammer den parten i tvisten som jevnt over har de minste ressursene til rådighet. I tillegg vil forskjellsbehandlingen merverdiavgiften medfører forverre privates mulighet til å "ta opp kampen" med eksempelvis store firmaer. Noe som klart er uheldig i en rettsstat.

Det vil bare være meningsløse forskjellsbehandlinger som medfører at begrensningen i "Access to Court" ikke er legitim i forhold til EMK. Spørsmålet er hva som er begrunnelsen for den forskjellsbehandlingen merverdiavgiften medfører. Det er vanskelig å se behovet for at private skal ha en dyrere prosessføring enn næringsdrivende. Forskjellsbehandlingen synes derfor til en viss grad å være meningsløs.

Konklusjonen blir at avgiften i saker mellom private og merverdiavgifts pliktige kan medføre en type forskjellsbehandling som medfører at begrensningen i retten til "Access to Court" ikke er legitim.

### 3.2.3 Begrensningens forholdsmessighet

Er det forholdsmessighet mellom hensynet bak reformen og begrensningen merverdien medfører?

Det naturlige utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen vil være inngrepets art og omfang. Det er som allerede nevnt vanskelig å fastslå merverdiavgiftens betydning som hindring for "Access to Court". Det er samtidig lite trolig at merverdiavgiften vil utgjøre den faktiske absolutt hindring for "Access to Court". Begrensningen kan derfor vanskelig fremstå som total. En mindre begrensning vil lettere bli ansett for å være forholdsmessig enn en større.

Videre trekker det i retning av å anse begrensningen som forholdsmessig da den er gjort i lovs form. Det har formodningen for seg at lovgiver har vurdert forholdsmessigheten forut for innføringen av avgiften. Det skal derfor mer til for å si at inngrepet ikke er forholdsmessig.

I saker mellom private og merverdiavgiftspliktige vil begrensningen særlig ramme den svakeste parten i tvisten. Igjen vil det være de individer med dårligst ressurser som kommer dårligst ut. Dette kan som nevnt innebære en diskriminering. Hvis inngrepet

fortoner seg diskriminerende, som i **Canea Catholic Church**<sup>52</sup>, vil begrensningen letter bli betraktet som uforholdsmessig. Merverdiavgiften er som nevnt over en meningsløs diskriminering av partene i saken. Dette vil tale for å se merverdiavgiften som uforholdsmessig.

På den annen side vil det være vanskelig å tenke seg at innføringen av en så omfattende økonomisk reform som har til målsetting å skaffe staten større inntekter blir betraktet som uforholdsmessig etter EMK<sup>53</sup>. EMD vil derfor ikke vil finne begrensninger i retten til "Access to Court" forårsaket av merverdiavgiften som uforholdsmessig.

#### 3.2.4 Konklusjon

Innføring av merverdiavgiften på juridiske tjenester må i hovedsak antas å ikke stride mot Norges forpliktelser etter EMK art. 6. I konkrete tilfeller kan det allikevl ikke utelukkes at forskjellsbehandlingen avgiften medfører krenker art. 6.

---

<sup>52</sup> Se over side 38.

<sup>53</sup> Hvordan konvensjonens sosiale og politiske karakter påvirker tolkningen av konvensjonen er beskrevet over. Se side 34.

### 3.3 Forbudet mot resultatavhengige salæravtaler

Kan begrensninger på avtalefriheten mellom klienten og advokaten virke hindrende for retten til "Access to Court"?

Spørsmålet er aktuelt i de situasjoner det kan tenkes at en resultatavhengig salæravtale vil motvirke den økonomiske hindringen for "Access to Court". Avtalefrihet vil være et egnet bøtemiddel for manglende økonomiske midler i to situasjoner. For det første der individet ikke har tilstrekkelige økonomiske ressurser for prosessføring *forut for saken*, samtidig som et mulig gunstig resultat ville medført at individet ble tilført tilstrekkelige økonomiske midler i ettertid. En resultatavhengig salæravtale om at betaling først skal skje når saken er avsluttet med et gunstig resultat vil avhjelpe økonomiske hindringer forut for saken. For det annet kan det tenkes situasjoner der individet har økonomiske midler til prosessføring av saken, men muligheten for å bli pålagt ansvaret for den *annen parts saksomkostninger* ved tap gjør risikoen ved domstolsbehandling for høy<sup>54</sup>. En salæravtale som gjør advokatsalæret betinget av at saken avsluttes med et gunstig resultat reduserer risikoen ved å gå til sak. Individet risikere etter en slik avtale kun å bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger, men ikke egne.

Det er i lys av disse to situasjoner graden av avtalefriheten mellom advokaten og klienten må vurderes. Deretter må det vurderes om graden av avtalefriheten utgjør noen hindring for "Access to Court".

---

<sup>54</sup> Se side 79.

### 3.3.1 Avtalefriheten mellom klienten og advokaten

Er det begrensninger i adgangen til å inngå resultatavhengige salæravtaler?

Adgangen til å inngå avtale om advokatsalæret reguleres av Advokatforeningens etiske regler. I de etiske reglenes punkt 3.3 er det satt opp bestemmelser for hvordan advokaten kan beregne sitt salær. Utgangspunktet for beregningen er reglenes punkt 3.3.1 hvor det fremgår at ”salæret skal stå i rimelig forhold til oppdraget og arbeidet som er utført av advokaten”.

I reglenes punkt 3.3.2 heter det videre at advokaten ikke ”må inngå avtale med klienter... om at han skal motta et salær på prosent- eller andelsbasis i forhold til sakens resultat...”. Dette betyr at det ikke er adgang til å avtale at en viss prosent av det gunstige resultatet i saken skal tilfalle advokaten.

#### 3.3.1.1 Ansvar for de etiske reglene

Begrensningen i avtalefriheten er pålagt av Advokatforeningen og ikke staten. Dette reiser spørsmålet om EMK sin tredjepartsvirkning. I hvilken grad pålegger EMK staten et ansvar for Advokatforeningens etiske regler?

Statene har plikt til å sikre menneskerettighetene. Det er antatt i teori og praksis at det derfor også til en viss grad foreligger en plikt til å innrette lovgivningen slik at den

beskytter mot privates krenkelse av andres menneskerettigheter<sup>55</sup>. Det er allikevel vanskelig å trekke klare grenser for omfanget av tredjepartsvikningen til konvensjonen. I denne oppgaven er det imidlertid ikke nødvendig å trekke opp grensene for å vurdere ansvaret om konvensjonen pålegger staten et ansvar også for Advokatforeningens regler. Det er nemlig uansett klart at staten må være ansvarlig for egne tiltak. All den tid det ikke er nødvendig for drøftelsen av begrensningene på avtalefriheten går jeg derfor ikke nærmere inn på spørsmålet om rekkevidden av tredjepartsvirkningen til EMK.

Etter dl. § 224, 1 skal ”advokatvirksomhet utøves i samsvar med god advokatskikk”. Nærmere regler for god advokatskikk er gitt i forskriftsform i den såkalte advokatforskriften. I dl. § 224, 2 heter det videre at ”Den Norske Advokatforening kan utarbeide nærmere regler for hva som skal anses som god advokatskikk”. I 1995 ble disse etiske reglene inntatt i advokatforskriften. De etiske reglene er dermed blitt bindende for alle advokater, også de som ikke er medlem av Advokatforeningen. Det er derfor klart at staten er ansvarlig for Advokatforeningens etiske reglene.

### 3.3.2 De etiske reglenes betydning som begrensning

Er det en hindring for individets rett til ”Access to Court” at det ikke er adgang til å avtale at en viss prosent av sakens gunstig resultat skal tilfalle advokaten?

---

<sup>55</sup> Se mer om konvensjonenes tredjepartsvirkning i Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002 side 93 og NOU 1993: 18 side 89-90.

En resultatavhengig salæravtale vil være like godt egnet til å gi individet "Access" selv om det ikke avtales at advokaten skal ha en viss prosent av et gunstig resultat i saken. Et avtalevilkår i salæravtalen som gir advokaten rett til en viss prosent av et gunstig resultat er ment å sikre *advokatens økonomiske interesser*, ikke individets interesser. Hvis advokatens interesser ikke kan sikres tilstrekkelig etter dagens ordning, vil ikke advokaten være villig til å inngå resultatavhengige salæravtaler med individet. Hvis det ikke er mulig for individet å inngå en resultatavhengig salæravtale med advokaten, vil heller ikke resultatavhengige salæravtaler gi individet "Access to Court".

Muligheten individet har til å inngå resultatavhengige salæravtaler avgjør de etiske reglenes *betydning som hindring* for individets rett til "Access to Court". Individets mulighet til å inngå en resultatavhengig salæravtale avhenger av om advokatens har noe å vinne på å inngå en slik avtale. Spørsmålet er derfor om dagens ordning gjør bruk av resultatavhengige salæravtaler lønnsomt.

I de saker advokaten har inngått en resultatavhengig salæravtale med klienten vil tap medføre at advokaten ikke får betalt. Advokaten har da arbeidet uten å få betaling samtidig som de faste kostnader ved advokatvirksomheten må betales. For at resultatavhengige salæravtaler skal være lønnsomt må saken ende med et gunstig resultat for klienten. Advokaten bør derfor bare inngå resultatavhengige salæravtaler i de tilfeller han er rimelig sikker på at saken ender med et gunstig resultat for klienten. Det er imidlertid vanskelig for advokaten å forutsi hvilken vei saken kommer til å gå. Særlig faktum i saken kan være mindre forutsigbart. Det kan for eksempel dukke opp nye bevis i saken som advokaten ikke hadde kjennskap til da han påtok seg oppdraget.

Det er derfor ikke til å unngå at advokaten vil komme til å inngå resultatavhengige salæravtaler også i saker han taper.

Skal advokatvirksomheten unngå økonomisk tap må tap fra saker som ikke ender med et gunstig resultat tas igjen med økt inntjening i senere saker. Økt inntjening kan enten skje ved at salærprisen settes opp for alle klienter, eller ved å avtale et resultatavhengig tilleggssalær i saker han senere vinner. Skruer advokaten opp prisen vil dette gjøre det økonomiske hindret for "Access to Court" enda større. En slik løsning er ikke ønskelig. Advokaten kan derfor bare "ta igjen det tapte" i en ny resultatavhengig salæravtale som gir rett på et stort ekstra salær dersom saken avsluttes med et gunstig resultat for klienten.

Advokatforeningens etiske regler åpner i punkt 3.3.2 for avtale som gir advokaten rett til et ekstra salær ved et gunstig resultat. Forbudet i de etiske reglene gjelder som nevnt bare der det avtales at advokaten skal ha en viss *del av sakens resultat*. Det er derfor ingenting i veien for en avtale hvor advokaten skal ha et visst skjønnsmessig tilleggssalær dersom saken fører frem. Tilleggssalæret må imidlertid ikke være større enn det som er tillatt å ta betalt innenfor gjeldene salærberegningsprinsipper. Tilleggssalæret må derfor stå i et rimelig forhold til oppdraget, jfr. reglenes punkt 3.3.1. Dette betyr i praksis at et ekstra salær på inntil 100 % av ordinært salær kan godtas.

Hvorvidt et ekstra salær på inntil 100 % av ordinært salær er stort nok til å pulverisere tapet fra tapte saker er vanskelig å besvare generelt. Antagelig vil resultatavhengige advokatvirksomheter, som utelukkende tar saker med høy grad av prosedabilitet tape mindre enn advokatvirksomheter som legger terskelen lavere for



prosedabilitetsvurderingen av hvilke saker de skal ta. Hvis det totale økonomiske tapet advokatvirksomheten blir påført ved de inngåtte resultatavhengige salæravtalene er mindre, reduseres også behovet for store ekstra salærer mindre. Hvorvidt et tilleggssalær på inntil 100 % av det ordinære salæret er stort nok til å pulverisere tapet fra tapte saker må derfor vurderes konkret i forhold til den enkelte advokatvirksomhet.

Det fremgår imidlertid av NOU 2002:18 at resultatbaserte salæravtaler generelt ikke er mye brukt i Norge<sup>56</sup>. Årsaken til dette antas å være "... det forhold at advokaten har lite å vinne på å inngå en slik risikoavtale ettersom han/hun ikke kan kreve et "stort" tilleggssalær i de saker som fører frem"<sup>57</sup>. Størrelsen på tilleggssalæret er derfor etter dagens ordning generelt for liten til å kunne sikre at resultatavhengige salæravtaler er lønnsomt. De etiske reglenes begrensning på avtalefriheten vil da i praksis gjøre det svært vanskelig for individet å finne en advokat som er villig til å inngå en resultatavhengig salæravtale.

### 3.3.3 Konklusjon

Forbudet i Advokatforeningens etiske regler mot store tilleggssalærer, som er nødvendige for at resultatavhengige salæravtaler skal bli lønnsomme begrenser individets rett til "Access to Court".

---

<sup>56</sup> NOU 2002: 18 "Rett til rett" side 200- 201.

<sup>57</sup> NOU 2002: 18 "Rett til rett" side 200- 201.

### 3.4 De etiske reglene og forholdet til EMK

Krenker de etiske reglene EMK?

For at hindringen skal være lovlig må ikke begrensningen i kontraktsfriheten gripe inn i kjernen av retten til ”Access to Court”. Hindringen må kunne begrunnes i legitime hensyn og være forholdsmessig.

#### 3.4.1 Kjernen

Medfører begrensningen på kontraktsfriheten et inngrep i kjernen av retten til ”Access to Court”?

For at begrensningen skal gripe inn i kjernen av retten etter art. 6 må det være den manglende kontraktsfriheten som er årsaken til at individet ikke får ”Access to Court” gjennom en resultatavhengig salæravtale. Selv om det i praksis kan være vanskelig å finne en advokat som er villig til å påta seg saken basert på en resultatavhengig salæravtale er det *ikke umulig*. Den manglende kontraktsfriheten griper derfor ikke inn i kjernen av retten til ”Access to Court” etter EMK art. 6.

### 3.4.2 Legitimitet

For at en hindring av retten til "Access to Court" skal kunne aksepteres, må den kunne sies å forfølge legitime mål. Det er først nødvendig å undersøke *hvilke legitime hensyn* begrensningen av kontraktsfriheten søker å fremme. Kan ikke begrensningen begrunnes vil den ikke være legitim. Hva er begrunnelsen for at det ikke er adgang til å avtale at en prosentvisdel av sakens gunstige resultat skal tilfalle advokaten?

Det er særlig to argumenter som brukes mot full avtalefrihet ved inngåelse av resultatavhengige salæravtaler. For det første hevdes det at en avtale som gir advokaten et salær beregnet på prosent- eller andelsbasis i forhold til sakens resultat ikke er forenlig med prinsippet om at advokaten ikke skal ha private interesser i sakens resultat. Slik de etiske regler er utformet i dag forbyr de ikke å inngå avtale om at advokaten bare skal ha betalt når saken får et gunstig utfall for klienten. I såkalte "No Cure, No Pay" avtaler vil advokaten alltid ha en privat interesse i sakens utfall. Ettersom de etiske reglene *godtar avtaletypen*, er argumentet om at advokaten ikke skal ha private interesser i sakens utfall ikke egnet som argument for å *begrense avtalefriheten* ved inngåelse av resultatavhengige salæravtaler.

Det andre argumentet for å begrense avtalefriheten ved inngåelsen av resultatavhengige salæravtaler, er ønsket om å motvirke det som av allmennheten kan oppfattes som "støtende resultater"<sup>58</sup>. Argumentet er bare holdbart der full avtalefrihet medfører et

---

<sup>58</sup> NOU 2002: 18 side 27 og 200- 201.

”støtende resultat”. Det skilles derfor i det følgende mellom situasjoner der bruken av avtalefriheten kan føre til støtende resultater, og der den ikke kan det.

#### 3.4.2.1 Salærer inntil 25 % av sakens resultat

Når oppstår et støtende resultat?

Et støtende resultat vil oppstå der hele eller store deler av sakens gunstige resultat ”spises opp” av salæravtalen slik at klienten sitter igjen med lite eller ingenting. Avgjørende for om resultatet blir støtende er derfor *hvor mye* av det gunstige resultatet salæravtalen ”spiser opp”.

Det er vanskelig å sette et konkret tall for hvor stor prosent av sakens resultat advokaten kan ta som betaling uten at resultatet blir ”støtende”. I NOU 2002: 18 ble det imidlertid foreslått at tilleggssalæret aldri må utgjøre mer enn 25 % av erstatningsbeløpet som tilkjennes<sup>59</sup>. Dette er også reglen i England<sup>60</sup>. Det antas at forslaget i NOU 2002: 18 og reglen for ”conditional fee” i England ikke leder til støtende resultater. På denne bakgrunn vil derfor salæravtaler som gir advokaten rett til *inntil 25 % av sakens resultat* ikke kunne lede til støtende resultater. Forbudet mot salæravtaler på inntil 25 % av sakens resultat kan ikke begrunnes, og er derfor heller ikke legitimt.

---

<sup>59</sup> NOU 2002: 18 side 27.

<sup>60</sup> NOU 2002: 18 side 201.

#### 3.4.2.2 Salærer over 25 % av sakens resultat

Er det legitimt å forby salæravtaler som gir advokaten rett til over 25 % av sakens resultat?

Å motvirke de ”støtende resultater” avtalefriheten kan lede til er viktig for å opprettholde respekt for domstolen og dens rettferdighets idealer. Slike samfunnshensyn er legitime i forhold til å kunne begrunne en begrensning av retten til ”Access to Court”<sup>61</sup>.

Imidlertid vil samfunnshensyn bare være legitimt i den grad begrensningen i retten til ”Access to Court” virkelig søker å ivareta ”respekten for domsstolen og dens rettferdighetsidealene”. Dersom hindringen for ”Access to Court” ikke egner seg til å fremme hensynet, vil formålet med begrensningen ikke være legitim. I lys av dette melder følgende spørsmål seg: Er et generelt forbud mot å avtale at advokaten skal ha en prosentvis del større del av sakens gunstige resultat enn 25 % i alle situasjoner egnet til å forhindre ”støtende resultater”?

Særlig i *erstatningssaker* vil store prosentbaserte salærutbetalinger som etterlater lite til klienten virke støtende. I erstatningssaker vil klienten som hovedregel kun vil bli tilkjent erstatning for det faktiske økonomiske tap han har lidt. At advokaten da etterpå mottar et stort salær dekket av erstatningen, som er ment å sette klienten i samme stilling som før skaden ble påført kan av allmennheten bli oppfattet som støtende. I

---

<sup>61</sup> Line Ravlo, ”Access to Court” [Universitetet i Tromsø], 2000, side 176-183.

erstatningssaker vil derfor et forbud mot bruk av avtalevilkåret være en legitim hindring for retten til "Access to Court".

Selv om det ikke er like støtende i *andre typer saker* at advokaten mottar en prosentvis større del av sakens resultat enn 25 % kan høye prosenter også her kunne lede til "støtende resultater".

#### 3.4.2.3 Delkonklusjon

Forbud mot å avtale at advokaten skal ha inntil 25 % av sakens resultat ikke utgjør en legitim hindring for individets rett til "Access to Court" etter EMK art. 6. Hindringen kan som hovedregel begrunnes legitimt der advokaten skal ha over 25 % av sakens resultat. Unntak kan imidlertid tenkes i konkrete situasjoner.

#### 3.4.3 Forholdsmessighet

Er det forholdsmessighet mellom hindringen og formålet som søkes ivaretatt?

Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen er forbudets betydning som hindring. Vanskeligheten med å finne en advokat som er villig til å inngå en resultatavhengig salæravtale etter dagens ordning vil bero på ulike faktorer. For det første *geografisk* hvor i landet individet søker å få "Access to Court" gjennom en slik avtale. I geografiske områder der advokatene har godt med oppdrag er det vanskeligere å få advokaten til å inngå en risikofylt resultatavhengig salæravtale enn i områder de har

få oppdrag. For det annet vil *sakstypen* spille en viss rolle for advokatens mulighet til å vurdere ”hvilken vei” saken kommer til å gå. I kompliserte saker som eksempelvis gjeldssaker blir resultatet mindre forutsigbart. Advokaten vil i større grad vegre seg for å inngå avtale om betaling avhengig av resultatet dersom resultatet er vanskelig å forutsi. For det tredje vil klienten trolig ikke selv forsøke å få i stand en resultatavhengig salæravtale. Hvor flink advokaten er til å opplyse klienten om muligheten til å inngå en resultatavhengig salæravtale *vil variere fra advokat til advokat*. Mennesker er ulike. Noen er mer positivt innstilt til å ta på seg en risiko enn andre. Dette gjelder også advokater. Noen advokater vil trolig aldri være villig til å arbeide uten sikkerhet for at de vil få betalt. Disse advokatene vil trolig uansett heller ikke inngå resultatavhengige salæravtaler med klientene.

På denne bakgrunn er det vanskelig å fastsette *hvor hindrende* forbudet i de etiske reglene virker på individets rett til ”Access to Court”. Både *sakstypens kompleksitet*, *geografi* og *advokatens risikovillighet* vil spille inn forbudets faktiske betydning som hindring.

Hvor godt forbudet ivaretar hensynet bak begrensningen vil variere. Gjeldene rett vil for eksempel ikke alltid være billigere for klienten enn om advokaten hadde rett på over 25 % av sakens resultat. Dette vil være tilfellet der det gunstige resultatet i saken er mindre enn salærkravet til advokaten. I disse tilfellene vil resultatet av avtalevilkåret ikke være egnet til å støte noen i større grad enn det som er tilfellet etter dagens ordning. Begrensningen vil i denne situasjonen letter bli betraktet som uforholdsmessig enn om hensynet ble bedre ivaretatt.

For det annet vil en resultatavhengig salæravtale som gir advokaten over 25 % av sakens resultat medføre at individet får "Access to Court". Vinner saken frem vil individet komme bedre ut av det enn om saken ikke var kommet inn for domstolen. I allmennhetens øyne vil det være mindre støtende at individet må avstå *over 25 % av* sakens gunstige resultat til advokaten, enn at individet urettmessig må avstå fra *hele* sakens resultat på grunn av manglende "Access to Court". Graden av legitimitet vil øke proporsjonalt med hvor stor prosentvis del advokaten skal ha av det gunstige resultatet i saken. Et forbud mot en salæravtale som gir advokaten 75 % av sakens resultat vil følgelig lettere være forholdsmessig enn et forbud mot en salæravtale på 26 % av sakens resultat.

#### 3.4.4 Konklusjon

De etiske reglene utgjør en ulovlig begrensning av individets rett til "Access to Court" i situasjoner salæret til advokaten avtales å utgjøre *inntil 25 %* av sakens resultat.

Hvorvidt de etiske reglene vil være i strid med EMK der det avtales at salæret skal utgjøre *mer enn 25 %* av sakens resultat må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Sakstypens kompleksitet, geografi og hvor stor prosentvis del advokaten skal ha av sakens gunstige resultat vil bli avgjørende momenter i vurderingen.



## 4 Positivt ansvar

Pålegger EMK staten å sørge for prosessfinansiering der det er nødvendig?

Selv om det ikke er noen lov som hindrer individet fra å få "Access to Court" vil individet av økonomiske årsaker kunne være forhindret fra å fremme en sak for domstolene. Selv om individet kan fremme saken personlig kan tvisten være så kompliserte at individet er avhengig av advokathjelp for å kunne forbrede og reise en sak for domstolen. Foruten utgifter til advokathjelp, som ofte kommer opp i et betydelig beløp allerede før saken er reist, vil individet kunne pådra seg ansvar for rettsgebyrer. Og det er ikke alltid bare sine egne utgifter en part må dekke – han kan også komme til å måtte dekke motpartens omkostninger, jmf. tvml. § 172.

I gjeldssaker vil skyldneren som regel være i en økonomisk vanskelig situasjon før sak reises. Skyldneren vil ikke ha noen praktisk mulighet til å pådra seg de ytterligere utgiftene som er knyttet til å reise en sak for domstolen. Det vil hjelpe skyldneren lite at gjeldskravet er uberettiget dersom han ikke har økonomisk evne til å anlegge sak for domstolene. Retten til "Access to Court" vil i et slikt tilfelle ikke være reell.

På denne bakgrunn tolket EMD i **Airey**<sup>62</sup> artikkel 6, 1 slik at bestemmelsen ikke bare regulerer det negative, men også det positive. Det er derfor klart at bestemmelsen stiller visse krav til positive ytelser i form av prosessfinansiering fra statens side for å sikre at

---

<sup>62</sup> Airey, Series A No. 32.

individet har "Access to Court". Det er omfanget av denne plikten som skal kartlegges i det følgende.

#### 4.1 Forutsetning

Statene har en frihet i å velge hvordan de vil sikre retten til "Access to Court". Prosessfinansiering er derfor aldri et nødvendig virkemiddel for å unngå krenkelse av EMK. Alternative løsninger kan være en lovpålagt rettshjelpsforsikring, bruk av resultatavhengige salæravtaler eller en prisregulering av markedet for juridiske tjenester. Statelig prosessfinansiering vil imidlertid ofte være et foretrukket virkemiddel da det sikrer hjelp til de som virkelig trenger det mest. Forutsetningen for at staten har et ansvar for prosessføring er at individets rett til "Access to Court" ikke er sikret på annen måte.

#### 4.2 Prosessfinansiering etter EMK

Hvor omfattende er statens plikt til å sørge for prosessfinansiering etter EMK?

Retten til "Access to Court" er ikke en rett til gratis prosessføring. Denne tolkningen er slått fast av Kommisjonen<sup>63</sup>. Det vil bare være i konkrete tilfeller at staten har en plikt til å sørge for prosessfinansiering.

---

<sup>63</sup> Menneskerettighets kommisjonen, A No. 6202/73, X og Y versus Nederlands dom av 16 mars 1975, kunngjort i Decisions and Reports No. 1 p. 66 flg.

Statens plikt til å sørge prosessfinansiering er slått fast i **Airey** saken. Saken gjaldt et krav om separasjon der bistand av advokat var nødvendig, noe klageren ikke kunne betale. Domstolen fant at staten Irland var forpliktet til å yte rettshjelp i den konkrete saken fordi den var av *stor viktighet for søkeren*, den inneholdt *komplisert jus* og det var *økonomisk dyrt* å fremme saken for den aktuelle domstol. EMD uttaler imidlertid at det ikke i alle saker vil være nødvendig med bistand fra advokat. I en del tilfeller vil det være tilstrekkelig at individet kan møte selv.

Ordlyden i art. 6 første ledd gir liten veiledning for den nærmere fastsettelsen av omfanget av ansvaret for statlig prosessfinansiering. I art. 6, 3 litra c finnes holdepunkter i ordlyden for å fastsette statens plikt til å sørge for prosessfinansiering i straffesaker. Bestemmelsen pålegger staten en plikt til å besørge fri rettshjelp til den anklagede dersom han ikke har *tilstrekkelige midler* til å betale for rettslig bistand, og det er i *rettferdighetens interesse* at han mottar slik bistand.

Art. 6, 3 gjelder for straffesaker. Ordlyden i art. 6, 3 litra c kan derfor tolkes på to måter. For det første at prinsippet kun gjelder i straffesaker. En antitetisk tolkning blir at prinsippet *ikke gjelder i sivile saker*. Hvis en antitetisk tolkning skal legges til grunn vil det indirekte bety at konvensjonen mener at det kun er i straffesaker ”rettferdighetens interesse” kan tilsi at individet skal motta statlig prosessfinansiering. Dette må være en feil forståelse av konvensjonen. Det er naturligvis slik at ”rettferdighetens interesse” kan tilsi at individet trenger statelig prosessfinansiering også i andre saker enn i straffesaker. Skulle art. 6, 3 overhode ikke gjelde sivile saker ville derfor art. 6 fremstått som en innholdsmessig lite konsekvent regel. Det må derfor legges til grunn at art. 6, 3 litra c ikke skal tolkes antitetisk. Bestemmelsen er følgelig kun ment som en presisering av

individets rettigheter i straffesaker. Art. 6, 3 litra c gir derfor holdepunkter for plikten til prosessfinansiering også i sivile saker. Vilklårene i bestemmelsen harmonerer dessuten også godt med momentene Domstolen vektla i **Airey** saken.

Ettersom ordlyden i art. 6, 3 litra c gir direkte veiledning i forhold til omfanget av statens finansieringsansvar i sivile saker vil praksis etter bestemmelsen også kunne være relevant ved tolkningen.

#### 4.2.1 Rettferdighetens interesse

Når tilsier ”rettferdighetens interesse” at individet skal få statlig prosessfinansiering?

Praksis etter art. 6, 3 litra c har stilt opp tre kriterier for å vurdere om ”rettferdighetens interesse” skal tilsi at det må ytes fri rettshjelp i straffesaker<sup>64</sup>. Praksis legger vekt på *anklagens alvor, sakens kompleksitet* og anklagedes *personlige forutsetninger* for å føre egen sak. Selv om kriteriene er formulert for straffesaker er noen av kriteriene gjenkjennelige fra **Airey** saken. I **Airey** vektla Domstolen som nevnt sakens *viktighet for individet*, om saken var kostbar å fremme og om saken inneholdt innholdt *komplisert jus*.

*Anklagens alvor* vil i straffesaker henspille på både konsekvensene for individet og styrkeforholdet i saken. Konsekvensene for individet vil påvirke betydningen saken har

---

<sup>64</sup> Se ”Rettergang og menneskerettigheter” av Jørgen Aall. Side 380- 381 med videre henvisninger til praksis.

for individet. Enkelte sivile saker vil ha større betydning for individet enn andre.

*Sakstypen* vil derfor virke inn på statens ansvar i forhold til å sikre individet "Access to Court" gjennom statlig prosessfinansiering.

Gjeldssaker vil ofte medføre alvorlige konsekvenser for skyldneren. Hvor alvorlige konsekvenser vil bero på *gjeldskravets størrelse*. Er det omtvistete gjeldskravet stort kan skyldnerens bolig eller eiendeler stå på spill. Har skyldneren familie vil et tvangssalg av bolig eller eiendeler påvirke hele familien og ikke bare skyldneren.

Skyldnerens *familiesituasjon* vil derfor påvirke konsekvensene av saken. Følgelig vil gjeldskravets størrelse og skyldnerens familiesituasjon måtte tillegges vekt ved vurderingen av om saken har en så stor viktighet for skyldneren at "rettferdighetens interesse" tilsier statelig prosessfinansiering.

Individet vil i straffesaker stå ovenfor en betydelig sterkere part – påtalemyndigheten. Det er i rettferdighetens interesse at en skjevhet i *styrkeforholdet mellom partene* ikke får betydning for resultatet i saken. En skjevhet i styrkeforholdet kan få betydning for resultatet i saken. Foreligger det en betydelig skjevhet i styrkeforholdet er det derfor i rettferdighetens interesse at staten ved prosessfinansiering søker å jevne ut forskjellen mellom partene.

Individet har en formell mulighet til å føre saken for domstolen selv. Behovet for hjelp reduseres derfor noe. For å gjøre det lettere for individet å føre saker selv inneholder tvistemålsloven enkelte bestemmelser som tar sikte på å tilgode se den enkeltes behov for rettshjelp. Domstolen har for eksempel en viss veiledningsplikt når det gjelder prosessuelle spørsmål, jfr. tvml. §§ 86, 87. Når individet ikke har advokat vil alle

prosesshåndlinger kunne foretas muntlig. Domstolen setter i tilfellet opp et prosesskrift for parten, jfr. tvml. § 119.

Individets formelle mulighet til å føre saken selv harmonerer allikevel ikke alltid med individets faktiske mulighet til å føre saken selv. I kompliserte saker vil individet ha en begrenset mulighet til å føre sin sak på en god måte. I kompliserte saker vil det være en nødvendighet for at rettergangen skal bli rettferdig at individet har sakkyndig hjelp til å føre saken for domstolen. Har individet særlige juridiske kunnskaper vil individets faktiske muligheter til å føre saken selv øke. Behovet for juridisk bistand til prosessføringen reduseres i så fall. *Individets personlige forutsetninger* og *sakens kompleksitet* må derfor vektlegges når det skal avgjøres om rettferdighetens interesse tilsier at staten skal innvilge prosessfinansiering.

Praksis etter art. 6, 3 litra c har også vektlagt andre personlige forutsetninger bl.a. den anklagedes *alder, bakgrunn, arbeidssituasjon og eventuelle rusproblemer*<sup>65</sup>. Disse momentene må kunne overføres og ha relevans også i vurderingen av hva som ligger i ”rettferdighetens interesse” i sivile saker. Et annet spørsmål er om de personlige forutsetningene skal ha samme vekt ved vurderingen av ”rettferdighetens interesse” i sivile saker som i straffesaker. *Alder, bakgrunn, arbeidssituasjon og rusproblemer* kan stå i sammenheng med årsaken til kriminaliteten. Det kan derfor hevdes at disse momentene lettere vil virke inn på rettferdighetens interesse til gunst for individet i straffesaker enn i sivile saker der momentene ikke står i sammenheng med tvisten. Igjen vil sakstypen være innvirkende på vekten av momentene i rettferdighetsvurderingen. I

---

<sup>65</sup> Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, [Bergen], 1995, side 380.

gjeldssaker *kan* det være alder, arbeidssituasjon og rusproblemer som er årsaken til at skyldneren har pådratt seg gjeld. Eksempelvis kan gjeldskravet springe ut av en disposisjon debitor på grunn av sin unge alder ikke kunne ventes å vurdere konsekvensene av. Alderen vil da være et moment som trekker i retning av at statlig prosessfinansiering er i rettferdighetens interesse. På denne bakgrunn hevdes det at i de tilfeller der det er *årsakssammenheng* mellom enkelte av momentene og tvisten bør momentene tillegges *samme vekt* som i straffesaker ved vurderingen av ”rettferdighetens interesse”.

#### 4.2.2 Tilstrekkelige midler

Hva vil det si at individet ikke har tilstrekkelige midler?

Etter art.6, 3 litra c er det en forutsetning for retten til prosessfinansiering at anklagede ”ikke har tilstrekkelige midler”. Den samme forutsetningen for prosessfinansiering må gjelde i sivile saker. Spørsmålet er hva som skal ansees som ”tilstrekkelige midler”.

Den økonomiske situasjonen til individet avhenger av både *inntekts- og formuessituasjonen*. Denne vil være lett konstaterbar ved hjelp av lønnsslipp, skattelister etc. Hvorvidt inntekten alene gir individet tilstrekkelig midler til prosessføring vil bero på størrelsen av *de nødvendige utgiftene individet* har. Omfanget av de nødvendige utgiftene individet har til mat, klær, bolig osv. vil delvis bero på *forsørgerbyrden*. Forsørgerbyrden varierer med hvor mange barn og/eller voksne uten inntekt individet må forsørge. Lever individet sammen med *andre med inntekt* vil

forsørgerbyrden reduseres. En lavere inntekt vil derfor kunne bli ansett for å gi tilstrekkelige midler til prosessføring.

Individets utgifter vil også inneholde *andre nødvendige utgiftsposter* enn utgiftene til underhold. Individet kan eksempelvis ha gjeld som må betales med *renter og avdrag*. Er gjelden knyttet til bolig vil et mislighold av låneforpliktelsene kunne resultere i et tvangssalg av boligen. Den delen av inntekten som er nødvendig for å overholde låneforpliktelsene kan ikke benyttes til prosessføring, og medfører en reduksjon av individets midler til prosessføring.

I **Airey saken** ble det vektlagt *hvor kostbar tvisten er å fremme for domstolen*. Dette må derfor inntas i vurderingen av om individets midler er tilstrekkelige. Hvor kostbar tvisten er å fremme for domstolen vil i utgangspunktet bero på arbeidet til advokaten. Er tvisten *komplisert* vil advokaten måtte bruke mer tid på saken enn om tvisten var enklere.

Hvem som er *motpart* kan også påvirke kostnadene ved saken. Hvis det er forskjell på *styrkeforholdet mellom partene* i tvisten og saken er av stor *viktighet for begge parter* er det rimelig å anta at den sterke part er villig til å bruke mye ressurser på å vinne saken. Den sterke part vil ha ressurser til å anke en ugunstig dom til en høyere instans. Den sterke part vil også kunne bruke atskillige midler i et forsøk på å lete frem bevis til dennes gunst.

Illustrerende er den mye omtalte erstatningssaken mellom Robert Lund og Tidemanns tobakkefabrikk. Saksomkostningene til Lund beløp seg til ca. 4, 5 millioner. Tidemanns tobakkefabrikks saksomkostninger beløp seg til cirka det dobbelte. Noe av forskjellen i



saksomkostningene til partene ligger i at Lunds advokat fikk betalt etter satsene for fri sakførsel, som er lavere enn den timepris motpartens advokat arbeider for. Det kan imidlertid ikke utelukkes at Tidemanns advokater la ned mer arbeid i saken enn motparten. Ettersom resultatet var av stor viktighet for tobakksfabrikken er det grunn til å tro at advokatene kunne bruke mye tid på å finne bevis og løsninger som talte til Tidemanns fordel.

Poenget er at dersom saken er av stor viktighet for en sterk motpart øker sannsynlighet for at saken vil bli kostbar. Hvis saken tapes og individet pålegges ansvar for motpartens saksomkostninger vil kostnadene med prosessføringen økes drastisk. Individet skal derfor ha en meget betydelig inntekt og formue for å ha tilstrekkelig midler til prosessføring av en slik sak med en slik motpart.

En tolkning som legger opp til at kostnaden ved prosessføring skal inntas i vurderingen av om individet har tilstrekkelige midler vil påføre staten økte økonomiske utgifter. Er prosessføring av saken så kostbart som i erstatningssaken mot Tidemannsfabrikk vil nesten ingen individer ha tilstrekkelige økonomiske midler. I **Airey** saken prosederte derfor staten bl.a. på at en slik tolkning innebærer en gradvis utvisking av skillet mellom de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter på den ene side og de sivile og politiske på den annen. Selv om EMD ga uttrykk for at det ikke eksisterer vanntette skott mellom de to kategorier rettigheter må synspunktet tillegges en viss vekt. Man bør være varsom med å tolke konvensjonen på en slik måte at staten pålegges omfattende økonomiske utgifter.

Vekten av innvendingen mot tolkningsresultatet reduseres dersom staten har et handlingsalternativ som reduserer de økonomiske utgiftene. Staten kan eksempelvis redusere kostnadene ved å innføre *egenandeler* slik at individet må betale deler av prosessføringen selv.

Egenandelen kan tenkes å være progressiv. Med progressive egenandeler tenkes det på andeler som øker i takt med inntekten og formuen til individet. Egenandelen i et slikt system kan settes så høyt at staten bare er ansvarlig for å sikre prosessfinansiering *for den delen av prosesskostnadene* individet ikke selv har tilstrekkelige midler. Ettersom staten kan innføre egenandeler ved prosessføringen reduseres utgiftene staten blir påført ved tolkningsalternativet til et mer akseptabelt nivå. Å ta hensyn til prosessføringskostnaden i vurderingen av om individet har tilstrekkelige midler blir derfor mindre betenkelig enn om staten ikke kunne innført egenandeler.

Individet kan ha problemer med å betale for prosessfinansieringen samtidig som individet har en stor *formue* bundet opp i fast eiendom, løsøre eller liknende. Individet vil i slike tilfeller kunne ha tilstrekkelige midler til prosessføring ved å realisere verdiene.

Det er ikke enkelt å trekke en klar grense for *når individet skal pålegges å realisere verdier for å skaffe tilstrekkelige midler til prosessføring*. En viktig ledetråd vil være å se hen til hva formuen består av. Dersom formuen er bundet opp i bolig skal det mer til for å kreve at individet må realisere verdiene enn om formuen består av aksjer, unødvendig løsøre og lignende. Består formuen av eksempelvis aksjer bør individet realisere disse verdier før staten får et ansvar for prosessfinansiering. Består formuen av individets bolig er spørsmålet om realisasjon vanskeligere.

Det er på den ene side klart at individet ikke kan pålegges å selge bolig og alt løsøre for at staten skal få et ansvar for å besørge prosessfinansiering. På den annen side er det klart at individet ikke kan binne midlene sine opp i en unødvendig luksuriøs bolig og løsøre for å få innvilget statlig prosessfinansiering.

Grensen kan kanskje trekkes likt som beslagsretten i forhold til debitor i konkurs, jfr. beslagsforbudene i dl. kapittel 2 og 3. Individet trenger da ikke å realisere et visst minimum av formuesgoder og bolig som er nødvendig for individet eller individets familie for å skaffe ”midler” til prosessføring.

Men også en slik tolkning kan påføre staten økte utgifter. Det er derfor et poeng at en slik tolkning av hva som utgjør ”tilstrekkelige midler” *ikke trenger* å medføre ekstra kostnader for staten. Man kan eksempelvis tenke seg en ordning der staten får en tinglyst panteobligasjon i individets bolig til dekning av prosessfinansieringen. Prosessfinansieringen blir da i realiteten å betrakte som et statlig lån som tilbakebetales ved salg eller skifte av dødsbo. En slik ordning vil redusere statens utgifter. En tolkning av EMK som bygger på prinsipper hentet fra dekningsloven blir derfor mindre betenkelig.

#### 4.2.3 Konklusjon

Staten vil ha en plikt til å sørge for prosessfinansiering der dette er i rettferdighetens interesse og individet selv ikke har tilstrekkelige midler til prosessføring. Når

prosessfinansiering er i "rettferdighetens interesse" beror på sakens viktighet for individet, sakens kompleksitet og individets forutsetninger for å føre egen sak. Når individet er å anse for ikke å ha "tilstrekkelige midler" beror på individets økonomiske situasjon og hvor dyrt det er å fremme saken. Egenandeler kan innføres dersom de ikke blir så høye at individet ikke har "tilstrekkelige midler" til å betale de.

#### 4.3 Rettshjelpsordningen og forholdet til EMK

Hva i rettshjelpsloven skal vurderes i forhold til retten til "Access to Court" etter EMK art. 6?

Reglene om fri rettshjelp er gitt i lov av 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp. Etter lovens ordning gis fri rettshjelp i form av fritt rettsråd (jmf. kap. III), fri sakførsel (jmf. kap. IV) eller fritak for rettsgebyrer (jmf. kap V).

Sondringen mellom fritt rettsråd og fri sakførsel følger i prinsippet grensen for *saker i og utenfor rettergang*. Ved *fritt rettsråd* dekker det offentlige utgiftene til juridisk bistand *utenfor rettergang*, herunder også bistand til megling i forliksrådet, jfr. § 12. Rettsråd består primært av veiledning i tilknytning til juridiske problemer. Bistanden kan omfatte selve kartleggingen av et juridisk problem, og etterfølgende råd og veiledning i de ulike kartlagte rettslige spørsmål. Bistanden kan også bare bestå av ren informasjon om rettsregler.

I denne oppgaven er tilgangen til fritt rettsråd alene ikke problematisk i forhold til ”Access to Court” rettigheten. Blir problemet løst ved at individet innvilges fritt rettsråd vil ikke individet ha behov for ytterligere ”Access to Court”. Har ikke individet behov for ”Access to Court” trer heller ikke rettigheten i kraft<sup>66</sup>.

I denne oppgaven er det derfor tilgangen på *fri sakførsel* som skal vurderes og ikke tilgangen på juridisk bistand i form av fritt rettsråd. Det er derfor tilstrekkelig for drøftelsen å forutsette at individet enten ikke får fritt rettsråd, eller at bistanden ikke løser det juridiske problemet. Følgelig vil behovet for ”Access” fortsatt være tilstede. Individets eneste mulighet for å få ”Access to Court” er da å søke om fri sakførsel.

#### 4.3.1 Fri sakførsel

Hvilke vilkår må individet oppfylle for å bli innvilget fri sakførsel etter lov om fri rettshjelp?

Loven om fri rettshjelp setter i kapittel 2 og 4 vilkår for at man skal ha rett til fri sakførsel. For det første er fri rettshjelp i utgangspunktet avhengig av at man har *inntekt og formue* som ikke overstiger et fastsatt beløp, jfr. § 8.

I visse særlig inngripende saker har rettshjelpssøkeren rett til fri sakførsel uten hensyn til inntekt og formue. Gjeldssaker faller ikke inn under denne kategorien saker. For

---

<sup>66</sup> Se side 23 flg.

gjeldssaker er det økonomiske vilkår for å motta rettshjelp. Det gjøres derfor ikke nærmer rede for saker uten økonomisk behovsprøving.

Lov om fri rettshjelp dekker bare bestemte *utvalgte rettsområder*. Utover disse såkalte prioriterte sakstyper vil man som hovedregel ikke ha krav på fri rettshjelp. Gjeldssaker faller i denne kategorien uprioriterte saker som i utgangspunktet ikke skal få innvilget fri sakførsel. Uprioriterte saker kan allikevel innvilges fri sakførsel der det aktuelle problemet åpenbart har så stor personlig og velferdsmessig betydning for individet at det etter en samlet vurdering er rimelig at det offentlige yter rettshjelp, § 17, 2. Hvorvidt disse vilkårene tilfredsstiller kravene i EMK art. 6 eller ikke, vil nedenfor drøftes individuelt i forhold til begge vilkår.

#### 4.3.1.1 Økonomiske vilkår

Tilfredsstiller de økonomiske vilkårene for å få fri sakførsel retten til ”Access to Court”?

De økonomiske vilkårene er hjemlet i rettshjelpsloven § 8 og i forskrift om fri rettshjelp § 1-1, der det fremgår at fri rettshjelp kan gis til personer som har bruttoinntekt under 230 000.- eller en netto formue som ikke overstiger 100 000.-. Grensene er de samme for å få fri sakførsel og fritt rettsråd.

Spørsmålet er om denne inntektsgrensen sikrer at individet har ”tilstrekkelige midler” til ”Access to Court”?

For personer som tilfredsstiller de økonomiske vilkårene i rettshjelpsloven vil retten til ”Access to Court” være sikret. Inntektsgrensen må vurderes i forhold til de individer som har for mye inntekt og/eller formue til å bli innvilget fri sakførsel. Det vil i utgangpunktet ikke være noen ting ingenting i veien for at staten standardiserer vurderingen av økonomien til den som hevder han ikke har ”tilstrekkelige midler”. Dette vil være arbeidsbesparende og skape forutsigbarhet.

Problemet med standardiserte inntektsgrenser er at de *ikke tar hensyn til utgiftene individet har til underhold og gjeldsforpliktelser. Utgiftene til underhold* varierer med forsørgerbyrden. En rettshjelpsøker som har store nødvendige utgifter til mat, klær, strøm osv. kan ha lite eller ingenting igjen til prosessføring etter at utgiftene er betalt. Individer i en slik situasjon vil bli vurdert til ikke å ha tilstrekkelige midler i EMK sin forstand.

Individer med betydelig *utgifter til gjeld* vil komme i en tilsvarende situasjon slik at inntektsgrensen også her er misvisende i forhold til individets økonomiske stilling. Dette skjer fordi inntekten beregnes brutto før fradrag, jfr. forskrift til lov om fri rettshjelp § 1- 2. På grunn av beregningsgrunnlaget vil et individ med store gjeldsutgifter ha lite igjen til prosessføring selv med en inntekt over 230 000. Individer med gjeld kan derfor mangle tilstrekkelige midler til prosessføring selv om de tjener mer enn inntektsgrensen.

Etter rettshjelpslovens § 8, 2 er det bestemt at ektefeller og andre som lever sammen med felles økonomi, skal *vurderes samlet* når det gjelder inntekts- og formuesgrensen. Dersom den samlede økonomien overstiger inntektsgrensene skal fri sakførsel som hovedregel ikke innvilges. Ordlyden i artikkel 6 trekker i retning av at det er det enkelte *individets* ”tilstrekkelige midler” som skal angi om staten har et ansvar for prosessfinansiering eller ikke. En slik tolkning av ordlyden i art. 6 tar imidlertid ikke hensyn til at ektefeller og samboende ofte har *mindre utgifter per person* enn individer som bor alene. De vil derfor ha mer ”midler” til prosessføring enn den enkeltes inntekt tilsier. I tillegg vil personer som bor sammen ofte ha felles interesse i utfallet av saken. Det kan derfor ikke være i strid med artikkel 6 å vurdere inntekten til individer som lever sammen samlet.

Der individene som lever sammen med felles økonomi har forskjellig interesser i utfallet av saken kan imidlertid problemstillingen kunne komme på spissen. Denne problemstillingen er allikevel ikke så aktuell ettersom lov om fri rettshjelp gjør unntak fra reglen om økonomisk identifikasjon i ekteskapstvister, og andre saker hvor særlige forhold medfører at det vil virke urimelig at den ene ektefellens inntekt og formue forhindrer den annen i å bli innvilget fri rettshjelp, jfr. § 8, 2.

Inntekstgrenser for rettshjelp tar ikke som EMK hensyn til hvor kostbar saken er å fremme. En vanlig tvist i forbrukerforhold, arbeidsforhold eller familierett vil fort kunne beløpe seg til 60 000- 70 000 kroner pr. part<sup>67</sup>. Er saken av mer komplisert

---

<sup>67</sup> Ruth Anker Høyer, dommer ved Oslo tingrett og medlem av Advokatkonkurranseutvalget, opplyser dette i sin kronikk i Aftenposten 6 september 2003.



karakter og motparten et stort firma<sup>68</sup> vil sannsynligvis prosessføring for domstolen koste ytterligere. Slike utgifter kan personer med relativt høy inntekt også tenkes å ha problemer med å betale. Risikoen for å måtte betale motpartens saksomkostninger bør også inntas i vurderingen av om inntekstgrensene er tilstrekkelig til at individet har midler til prosessføringen. Er saksomkostningene så høye som i Tidemann tobakkssaken vil selv individer med inntekt langt over inntekstgrensen mangle midler til prosessføring. Er saken så kostbar å fremme at individet med bruttoinntekt over 230 000 kroner ikke har ”tilstrekkelige midler”, vil ikke de økonomiske vilkårene i rettshjelpsloven tilfredsstillende EMK.

#### 4.3.1.2 Øvrige vilkår

Tilfredsstiller de øvrige vilkårene i rettshjelpsloven retten til ”Access to Court” etter EMK art. 6?

For de saker som ikke er prioriterte i rettshjelpsloven er hovedreglen som nevnt at fri sakførsel ikke skal innvilges, jfr. §§ 18-22. For å sikre at en slik regel ikke gir urimelige konsekvenser i enkelttilfeller åpner loven for å gjøre unntak slik at fri sakførsel etter en konkret skjønnsmessigvurdering av fylkesmannen kan innvilges også i andre sakstyper, jfr. rettshjelpsloven § 17, 2. For at fylkesmannen skal innvilge fri sakførsel av de uprioriterte sakene må ”det aktuelle problem åpenbart ha[r] så stor personlig og

---

<sup>68</sup> Se over på side 52.

velferdsmessig betydning for vedkommende at det etter en samlet vurdering er rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp”, jfr. § 17, 2.

Etter EMK vil statene være forpliktet til å yte fri rettshjelp i de tilfeller ”rettferdighetens interesse” tilsier det. Spørsmålet er om det kan tenkes tilfeller hvor rettshjelp er i ”rettferdighetens interesse” samtidig som tilfellet ikke har ”så stor personlig og velferdsmessig betydning for vedkommende at det... er rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp”. Hvorvidt fri rettshjelp er i ”rettferdighetens interesse” eller ikke må som nevnt bero på en helhetsvurdering basert i hovedsak på *sakens betydning for individet*, *sakens kompleksitet* og individets *personlige forutsetninger* for å føre saken selv.

Begrepene ”personlig og velferdsmessig betydning” er språklig upresise begreper. En naturlig språklig forståelse av ”personlig betydning” trekker i retning av å forstå det som om saken må være *følelsesmessig* viktig for individet. Et individs velferd består av både psykisk og fysisk velferd. Språklig trekker derfor ”velferdsmessig betydning” i retning av at det kan innvilges fri sakførsel også dersom tvisten dreier seg om *materielle goder*. Etter en språklig forståelse er det ingen sakstyper som aldri vil bli innvilget fri sakførsel fordi de faller utenfor begrepet.

Begrepet ”personlig og velferdsmessig betydning” viser til *hvor alvorlig tvisten* skal være før individet blir innvilget fri sakførsel. Har saken liten ”personlig og velferdsmessig betydning” vil han ikke bli innvilget fri sakførsel. Resultatet vil her bli det *samme som etter EMK* ettersom *tvistens betydning for individet* vil være et viktig argument i vurderingen av ”rettferdighetens interesse”.

Spørsmålet er om det stilles *samme krav til hvilken betydning tvisten skal ha* for individet i rettshjelpsloven som etter EMK.

I rettshjelpslovens etterarbeider argumenteres det for at individet som er involvert i en tvist alltid vil oppleve at tvisten har personlig og velferdsmessig betydning. Det fremgår videre at den involvertes opplevelse av tvisten derfor ikke kan være avgjørende for hva som skal tilsies å være av ”personlig velferdsmessig betydning” for vedkommende. Etterarbeidende<sup>69</sup> legger opp til at begrepet ”personlig og velferdsmessig betydning” på denne bakgrunn må forstås som et krav til at *saken må mer allment berøre folk i særlig sterk grad*. Det fremgår videre at dette er tolkningsalternativet som er lagt til grunn i praksis<sup>70</sup>.

EMK stiller *ingen krav* til at saken allment må *berøre folk i særlig sterk grad*. Etter EMK vil det være tilstrekkelig at saken er av en viss betydning for individet. Selv om ikke en hvilken som helst betydning godtas kan det i lys av praksis synes som om *rettshjelp loven stiller strengere krav til saken betydning* for individet enn det EMK gjør.

Lovgiver har positivt angitt hvilke saker som skal prioriteres etter rettshjelpsloven. Det er nærliggende å anta at de prioriterte områdene i loven allment vil berøre folk i særlig grad. I vurderingen av hva som skal anses for å ha ”personlig og velferdsmessig

---

<sup>69</sup> Forslaget til endringer i lov om fri rettshjelp som er sendt ut på høring 06.12.02.

<sup>70</sup> Fremgår av forslaget til endringer i lov om fri rettshjelp som er sendt ut på høring 06.12.02. Se side 21.

betydning” må man derfor se etter likheter med de saker som positivt er prioritert i loven. Dette gjøres også i praksis<sup>71</sup>.

Sett i forhold til de positivt angitte saker som skal gis prioritet er det ingen saker som har direkte likhetstrekk med saker omkring gjeldskravs størrelse og/eller eksistens. Det kan konsekvensmessig for individet trekkes en parallell fra gjeldssaker der boligen står i fare for å ende på tvangssalg til rettshjelpsloven § 18, 2 nr. 3 om tvangsfullbyrdelse av oppsigelse i husleieforhold etter tvangsfullbyrdesloven § 13-2, 3 litra c. Etter sistnevnte bestemmelse vil leietaker som står i fare for å bli kastet ut fra boligen være en prioritert sak etter rettshjelpsloven.

Det må derfor antas at fri sakførsel skal innvilges i de saker hvor det omtvistete gjeldskravet er så stort at salg av boligen er individets eneste mulighet til å betale kravet om det tas til følge. Utover dette tilfellet legger loven ikke opp til at gjeldssaker kan berøre folk allment i særlig grad. Etter EMK vil trolig situasjoner der en skyldner uten egen bolig risikerer å bli ruinert på grunn av et eller flere omtvistete gjeldskrav inneha tilstrekkelig alvor til at ”rettferdighetens interesse” tilsier prosessfinansiering etter EMK.

Det må etter § 17, 2 også være *rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp* dersom fylkesmannen skal innvilge søkeren fri sakførsel. Ved vurderingen av om det er rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp sees det hen til *individets muligheter for å fremme saken for domstolen selv*. Individets muligheter til å fremme saken for domstolen vil

---

<sup>71</sup> Fremgår av forslaget til endringer i lov om fri rettshjelp som er sendt ut på høring 06.12.02.

avhenge av både *sakens kompleksitet* og *individets personlige forutsetninger*.

Vurderingstemaet er sammenfallende med praksis som nevnt over etter EMK art. 6.

Etter EMK vil det være i rettferdighetens interesse at det offentlige yter prosessfinansiering der det er en *betydelig forskjell i styrkeforholdet* mellom partene i saken. Dette skal også etter norsk praksis tillegges vekt i forhold til at søkeren blir innvilget fri rettshjelp<sup>72</sup>.

Videre vil det etter rettshjelpsloven tale positivt for individet om saken har en *prinsipiell interesse*, eller om han har en *god mulighet til å vinne frem* med sitt krav.

Ordlyden i art. 6 taler som nevnt for at konvensjonen stiller visse minimumskrav til prosedabiliteten i saken. Hvorvidt grensene for prosedabiliteten i saken er strengere etter rettshjelpsloven enn etter EMK er vanskelig å vurdere konkret. Jeg går ikke nærmere inn på denne problemstillingen her, ettersom det uansett er foreslått endringer i rettshjelpsloven slik at man ikke lenger skal se på søkers mulighet til å vinne frem med sin uprioriterte sak<sup>73</sup>.

#### 4.3.2 Konklusjon

Inntekstgrensen i lov om fri rettshjelp vil i konkrete tilfeller der saken er kostbar å føre for domstolen, individet har forsørgerbyrde og betydelige renteutgifter være for lave til å sikre retten til "Access to Court" på en tilfredsstillende måte etter EMK. Praksis stiller

---

<sup>72</sup> St. melding nr. 25. 1999- 2000.

<sup>73</sup> Justisdepartementet Høringer – endringer i lov om fri rettshjelp. Brev av 06.12.2002. se side 22.

strengere krave til sakens betydning for individet enn det EMK gjør. Sikring av retten til "Access to Court" i enkelte uprioriterte saker vil ikke være tilfredsstillende etter EMK sin standard.

#### 4.4 Omfanget av rettshjelpen

Er risikoen for å bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger en hindring for "Access to Court"?

Når saken er behandlet i domstolen og dom avsagt er hovedreglen at den som taper saken fullstendig skal pålegges å erstatte motpartens saksomkostninger, jfr. tvml. § 172. Samtidig er hovedreglen etter rettshjelpsloven § 24 at *idømte saksomkostninger ikke omfattes av en fri sakførselsbevilgning*. Med andre ord kan utgiftene for individet bli betydelige til tross for at han er innvilget fri sakførsel etter rettshjelpsloven.

En manglende dekning av motpartens saksomkostninger medfører ikke at adgang til domstolen umuliggjøres for individet. Problemet for individet er at risikoen for å ende opp med motpartens saksomkostninger blir så stor at det indirekte umuliggjør adgang for domstolene. Er dette tilfellet vil risikoen for å måtte erstatte motpartens saksomkostninger kunne være en hindring for individets rett til "Access to Court". Spørsmålet om risikoen for å måtte erstatte motpartens saksomkostninger er en hindring for retten til "Access to Court" ble vurdert av Kommisjonen i **Erich Nold v. Tyskland av 31. mars 1993**. Erich Nold hevdet at muligheten for å bli ilagt saksomkostninger gjorde at risikoen ved å fremme saken ble så stor at den var uakseptabel, og derfor

utgjorde et hinder for domstolsbehandling. Saken ble imidlertid avvist ettersom den uansett ikke hadde sitt utspring i en "dispute" som er forutsetningen for behandling etter EMK art. 6. Kommisjonen uttalte i forhold til dette spørsmålet at saksøkeren ikke hadde bevist at risikoen for å ende opp med motpartens saksomkostninger var *uforholdsmessig* etter situasjonen. Det ble følgelig akseptert at risikoen for å bli ilagt motpartens saksomkostninger i konkrete situasjoner kan være et hinder for "Access to Court". Bestemmelsen i rettshjelpsloven § 24 om at idømte saksomkostninger ikke omfattes av en fri sakførselsbevilgning vil derfor i konkrete situasjoner kunne utgjøre en hindring for retten til "Access to Court" etter EMK.

#### 4.4.1 Omfanget av rettshjelpen og forholdet til EMK

Utgjør hindringen en lovlig begrensning av retten til "Access to Court" etter EMK art. 6?

Rettshjelpsloven § 24 søker å begrense statens utgifter og forebygge mot åpenbart grunnløse saker. Dette er klart legitime økonomiske og rettslig hensyn i EMK sin forstand. Spørsmålet knytter seg derfor til bestemmelsens forholdsmessighet.

Er rettshjelpsloven § 24 forholdsmessig?

Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurdering er *hindringens omfang*. Desto større begrensning på retten til "Access to Court" hindringen medfører, desto mindre forholdsmessig vil hindringen i utgangspunktet være.

Det vil være individets frykt for å måtte betale store summer til motparten som medfører at han/hun velger å ikke føre saken for domstolene. Det er altså dette som begrenser individets "Access to Court". Omfanget av begrensningen vil avhenge av to ting. For det første risikoen for å ende opp med saksomkostningene til slutt. Denne risikoen vil variere med sakens *prosedabilitet*. For det annet vil den *antatte størrelsen på motpartens saksomkostninger* spille inn på risikoen. Motpartens antatte saksomkostninger vil variere med hvem motpart er og hvor viktig saken er for motparten<sup>74</sup>.

Dersom saken er komplisert og motparten er et firma som har store interesser knyttet i utfallet av saken er det grunn til å anta at de mulige konsekvenser ved tap medfører en for stor økonomisk risiko for individet. I slike konkrete tilfeller vil rettshjelpsloven § 24 være en betydelig hindring for "Access to Court".

Den legitime begrunnelse for at rettshjelpsloven ikke dekker motpartens saksomkostninger ved tap er som nevnt *hensynet til statens økonomi* og den *preventive virkningen reglen har* på åpenbart grunnløse saker. Det vil være en betingelse for å få innvilget fri sakførsel at det er "rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp", jfr. § 17, 2. Det vil i hovedsak ikke være "rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp" om søksmålet er gjort for å sjikanere eller er åpenbart grunnløst. I forhold til de *uprioriterte sakene* er hensynet til prevensjon mot grunnløse søksmål derfor ivaretatt uten § 24. Den legitime begrunnelsen for å ha en regel som hindrer "Access to Court" er i disse sakene derfor

---

<sup>74</sup> Se side 51 flg.



ikke stor. Dette trekker i retning av at rhjl. § 24 utgjør en uforholdsmessig begrensning på individets rett til "Access to Court" i *kompliserte uprioriterte saker* der *motparten har betydelig ressurser* og en *sterk interesse i utfallet av saken*. En slik sakstype kan være en gjeldssak der motparten er et resurssterkt firma og utfallet av saken vil ha stor betydning for firmaet. At utfallet har stor betydning for firmaet vil være tilfellet om *gjeldskravet er stort*, eller om saken *skaper presedens for andre tilsvarende tvister* firmaet befinner seg i. I de tilfeller debitor uansett er betalingsudyktig vil firmaet allikevel ikke ha sterk interesse i utfallet av saken.

En liknende uforholdsmessig situasjon kan tenkes å oppstå i saker mot det offentlige. Den tapende part i saker mot staten kan få ettergitt saksomkostningene i medhold av kgl.res. av 18.3.1988. Dette medfører at antall uforholdsmessige tilfeller reduseres i slike saker. Jeg har innledningsvis i oppgaven avgrenset mot saker der det offentlige er part, og går derfor ikke nærmere inn på denne problemstillingen.

For å bøte på uforholdsmessigheten som kan tenkes å oppstå på grunn av ansvaret for motpartens saksomkostninger, har man i unntakstilfeller i rettshjelpsloven § 24, 3 åpnet for at det kan søkes om dekning av motpartens saksomkostninger. I vurderingen av om saksomkostningene skal dekkes etter § 24, 3, legges det vekt på begge parter økonomi, sakens art og hvem som er skyld i at saken er anlagt.

I forslaget til endringer i rettshjelpsloven er det imidlertid foreslått at denne bestemmelsen skal oppheves. Det kan på bakgrunn av det overstående tenkes at en opphevelse av § 24, 3 lettere vil medføre at bestemmelsens første ledd kan utgjøre en

uforholdsmessig hindring. Det er derfor grunn til å anta at forslaget på dette punkt går gal vei i forhold til Norges forpliktelser etter EMK.

#### 4.4.2 Konklusjon

I kompliserte uprioriterte saker der motparten har betydelige ressurser og en sterk interesse i utfallet av saken vil ikke bestemmelsen i rettshjelpsloven § 24 oppfylle Norges forpliktelser etter EMK art. 6.

## **5 Litteraturliste / kilder**

Ane Broch Graver, Vegard Skaug, Rannveig Stålberg og Bente Tangen, Rettshjelp 2001, Oslo, 2002

Erik Møse, Menneskerettigheter, Oslo, 2002

Jørgen Aall, Rettergang og menneskerettigheter, Bergen, 1995

Jo Hov, Sivilprosess, Oslo, Rettergang III, 2000

Johnsen, Jon T., Retten til juridisk bistand, Oslo, 1987

Line Ravlo, "Access to Court" [Universitetet i Tromsø], 2000

Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald, Utvalgte emner I folkerett, Oslo, 1997

Thomas Mathiesen, Retten i samfunnet, Oslo, tredje utgave, 1997

Torkel Opsahl, Internasjonale menneskerettigheter, Oslo, annen utgave, 1996

NOU 1993: 18

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak

NOU 2002:18 Rett til rett

St. Meld. Nr. 25, 1999-2000, Om fri rettshjelp

Rundskriv G-73/96 om fri rettshjelp

Forslag til endringer i lov om fri rettshjelp som er sendt ut på høring 06.12.02.